مجلـــة المحكمـــة العليـــا

عـــدد خـــاص
باليـومين الـدراسيين عـن
الطـرق البـديلـة لحـل النـزاعـات :
الصلـح والـوسـاطـة والتحكيـم

المحكمة العليا، قاعة المحاضرات، 15 و 16 جـوان 2008

الجـــــزء الأول

مجلـــة المحكمـــة العليـــا

المديـــر : السيد **قـــدور بـــراجع** - الرئـــيس الأول للمحكمة العليـــا.

مدير التحرير : السيد **عبد العزيز أمقران** - المستشار رئيس قسم الوثائق بالنيابة.

رئيس التحريـــر : السيد **مختار رحماني محمد** - قاض ملحق بالمحكمة العليا.

التحريـــر :

السيدات والســـادة : شوشو زيلوراح، بن بليدية باية، عـــروة أميـــن، مروك مرزاقة، آنيا بن يوسف، شريفي فاطمة، غضبان مبروكة، حمو ليلى، مـــداح سيد علي، فنوح عبد الهادي، عباس سامية، زفوني سليمـــة، ليليـــا قلو، بلمولود آسيا، بودالي بشير، بوسليماني ليلى، جناد عفـــاف، تماريـــة خيرة، حـــرز الله نريمان، صحراوي نريمان، شربال نسيمـــة.

الإدارة والتحريـــر

المحكمـــة العليا، شارع 11 ديسمبر 1960 - الأبيار - الجزائـــر.

الهـــاتف : 021-92-58-52

021-92-58-57

021-92-24-30

الآراء الفقهية الواردة في هذه المجلة لا تعبر بالضرورة عن رأي المحكمة العليـــا

الإيـــداع القانونـــي

2004-3470

فهرس

المداخلات باللغة العربية

الجـــزء

الأول

كلمة ترحيبية للسيد قدور براجع-الرئيس الأول للمحكمة العليا 9

الكلمـــة الافتتاحيـــة لمعالي وزير العـــدل، حـــافظ الأختـــام السيـــد الطيب بلعيـــز لأشغال اليومين الدراسيين حول : الطرق البديلة لحـــل النـــزاعات : الصلح والوساطـــة والتحكيـــم 13

التحكيـــــم

▪ **قانـــون التحكيم الجزائري الجديـــد**.....الدكتور عبد الحميد الأحدب-محـــام – رئيـــس الهيئـــة العربيـــة للتحكيـــم **21**

▪ **إجـــراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبيـــة**..... عمر زودة-رئيس قســـم بالمحكمة العليا-أستـــاذ بالمدرســـة العليـــا للقضـــاء **217**

▪ **حريـــة الأطراف في اختيار طرق حل النزاعات الناجمة عن العقـــد التجاري الدولي**.....أحمد بوقادوم-أستاذ القانون التجاري-كلية الحقوق-جامعة بن يوسف بن خدة-الجزائـــر **239**

▪ **دور وأهمية إتفاق التحكيم في العقود التجاريـــة الدولية (في القانون الجزائـــري والقوانين العربيـــة)**.....الأستـــاذ : نـــور الديـــن بكلي-بـــاحث جامعـــي **259**

▪ **الطـــرق البديلـــة لحـــل النـــزاعـــات في القانـــون التونســـي**..... عامـــر بورورو-رئيس دائرة بمحكمة التعقيب-جمهورية تونس **321**

فهرس

المداخلات باللغة العربية

الجـــزء الثانـــي

■ **الرقابـــة القضائية على الحكم التحكيمي من خلال اجتهادات المجلس الأعلـــى بالمملكة المغربيـــة**.....مصطفـــى لـــزرق-دكتـــور في الحقوق مستشـــار بالمجلس الأعلـــى، المملكـــة المغربيـــة ـــــــــــــــ **355**

■ **دور التحكيـــم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربي والمقارن**.....الأستـــاذ محمـــد محجـــوبي-المستشار بالمجلس الأعلـــى-المملكـــة المغربيـــة ـــــــــــــــ **383**

■ **التحكيـــم فى القانون المصري وتطبيقاته في قضـــاء محكمـــة النقض المصريـــة**.....القاضي نبيل عمران-نائب رئيس محكمة النقض-الأمين العام المساعـــد لمجلـــس القضـــاء الأعلـــى-جمهورية مصر العربيـــة ـــــ **425**

■ **دراســـة تحليلية للقضاء المصري في دعاوى بطلان أحكام المحكمين**..... د. محمـــد عبـــد الـــرءوف - الأمين العام لمركز القاهرة للتحكيـــم التجـــاري الـــــدولي ـــــــــــــــ **463**

■ **التجربة السودانية في تطبيق الطرق البديلة لحل النزاعات وملامح القانون الجديد**.... الدكتـــور تاج السر محمد حامد-قاضي المحكمة العليـــا - جمهوريـــة الســـودان ـــــــــــــــ **525**

الـــوســـاطـــــة

■ **الـــوساطـــة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد**.....السيـــد عبد السلام ذيب-رئيس الغرفة التجارية والبحرية بالمحكمة العليا ـــــ **547**

▪ الوساطـــة كطريق لحـــل الخلافـــات في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديـــد......د. تراري تاني مصطفـــى-أستاذ محاضر بكلية الحقوق-جامعة وهـــران-مستشار رئيسي- مكتب المساعدة القانونية (Jurist' Assistance) 555

▪ الـــوســـاطـــــة...... السيـــد فنيـــش كمـــــال – رئيـــس غرفـــة مجلـــس الـــدولـــة 567

▪ الطـــرق البديلة لحل النزاعـــات......الدكتور عمر الزاهي-أستاذ بكلية الحقوق، بن عكنون، جامعة بن يوسف بن خـــدة-الجزائـــر 585

الـــصلـــح

▪ دور القاضي في الصلح والتوفيق بين الأطراف على ضوء أحكام قانون الإجـــراءات المدنيـــة والإداريـــة الجديد......السيدة : حليمـــة حبـــار- مستشـــارة بالغرفة المدنيـــة-المحكمـــة العليـــا 597

▪ صلاحيـــات القاضـــي في الصلح التلقائي للخصـــوم...... السيـــدة كراطـــار بـــن حـــواء مختاريـــة – مستشـــارة لدى المحكمة العليـــا – الغرفـــة المدنيـــة 623

الكلمـــة الختاميـــة للسيد الرئيس الأول للمحكمة العليـــا 635

كلمـــة ترحيبيـــة للسيـــد قـــدور بـــراجع

الـــرئيس الأول للمحكمة العليـــا

بســـم الله الرحمـــان الرحيـــم

والصـــلاة و السلام على أشـــرف المرسلين

أمّـــا بعـــــد :

السيـــد معالي وزير العدل حافظ الأختـــام،

أشقاءَنـــا وأصدقاءَنا القادمين من الدول العربية و الأوروبيـــة،

أيتهـــا السيدات الفضليات، أيها السادة الأفاضل من أساتـــذة وباحثين وإطـــارات من مختلف القطاعـــات،

زميلاتي، زملائي القضـــاة،

ضيوفنـــا الكـــرام،

يسرني ويسعـــدني أن أرحب بضيوفنا الكرام القادمين من الدول الشقيقة والصديقة، وأن أتوجّه لكم بالشكر على الحضور معنـــا وأن أُثمِن مسعاكم في إثراء موضوع هذين اليومين الدراسيين.

لقـــد دأبت المحكمـــة العليا على تنظيم ندوات علمية لمناقشـــة وإثراء المواضيع ذات الصِّلة بالعمل القضائي توسيعاً للمدارك العلمية والاستفادة من تجارب البلدان الأخـــرى.

إنّ تطـــوّر المجتمعات وكثافةَ وتشعُّبَ المعاملات، أفرز نزاعـــات معقّدة وهو ما تطلَّب اعتماد آليات بديلة تسمح بحلها بشكل سريع وفعّال ومقبول من الخصوم، وهي الآليات البديلة التي عرفت اهتماما متزايـــدا في مختلف الأنظمة القانونية و القضائية المعاصرة.

لا يكفي لتحقيق العدالة بين المتقاضين إعطاء كل ذي حقٍ حقّه وإنّما ينبغي أن لا تأتي العدالة بطيئة بعد فوات الأوان وبعد أن يفقد الحق بريقَهُ وأهميّتـــه.

لقـــد شهدت الجزائر بحكم انفتاحها على العالم، تطوّرا سريعا في مختلف مناحـــي الحياة، إذ كَثُرت المعاملات التجارية وازداد حجـــم الاستثمار الوطني والأجنبي ونتج عن ذلك نزاعات أكثر تعقيدا عن ما كانت عليه من قبل، فأثقلت كاهل المحاكم، لذا كان لزاما التفكير في الآليات البديلة لحلها ومن هنا كان الصُلح والتحكيم والوساطة التي جـــاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديـــد.

وقبل أن يُصبح الصلحُ قانونا كان ولا يزال سلوكا متجذّرا في مجتمعنـــا مرسخا لمقومات الشعب الجزائري الأصيلة المتمثّلة في رأي الجماعة ووساطة أهل الخير و المصلحين والحكماء وكل هذا نابع من تعاليم ديننا الإسلامي الحنيف؛

لقـــد جاء في قوله تعالى : ***"إنّما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم"*** وأيضـــا في قوله تعالى : ***"و الصلح خير"*** .

وللصلح في الفقـــه الإسلامي مدلول أوسع، يحتلّ مكان الصدارة بين سائر العقود، لكونه يحسم النزاع بعد إيجاب وقبـــول.

إنّ الطـــرق البديلة أصبحت اليوم نظاما قانونيا قائما بذاتـــه تبنّتـــهُ أغلب التشريعـــات المعاصرة وهو ما ستُبرزه أشغال هذيـــن اليومين الدراسيين – بحـــول الله -.

وأختم كلمتي بقول الله تعالى : لاَّ ***خير في كثيرٍ مّن نَّجْوَيٰهُمْ إِلَّا مَن اَمر بصَدَقَةٍ أَو مَعْرُوفٍ أو إِصْلَاحٍ بين النّاس، و من يَّفعل ذلك ابتغآء مرضات الله فسوف نُوتيه أجرا عظيما*** " (سورة النساء الآية 114)

" صـــدق الله العظيـــم "

مرة أخرى أجدد الترحيب بالجميع، متمنيا لكم النجاح والتوفيق ولضيوفنا الكرام إقامة طيبـــة.

والسلام عليكـــم ورحمـــة الله.

الكلمة الافتتاحية لمعالي وزير العدل، حافظ الأختام

السيـــد الطيب بلعيـــز

لأشغـــال اليومين الدراسيين حول الطرق البديلة لحـــل النـــزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم

بســـم الله الرحمـــن الرحيـــم

والصـــلاة والسلام على سيدنا محمد رسولـــه الكريم

السيـــدات الفضليـــات،

الســـادة الأفاضـــل،

أيهـــا الحضـــور الكـــريم،

السلام عليكـــم ورحمة الله تعالى وبركاتـــه،

يسعدني في البداية أن أرحب بضيوفنا الكرام من الدول الشقيقة والصديقة، متمنياً لهم إقامة ممتعة ومفيدة بالجزائـــر،

وأرحب كذلك بالحضور الكريم الذي يشاركنا هذا اللقاء الهام حول الطرق البديلة لحل النزاعـــات،

شاكراً للمحكمة العليا اتاحتها لنا هذا اللقاء، المتميز بمشاركة أفضل الكفاءات العلمية لمعالجة موضوع على هذا القدر من الأهمية، وإلقاء الضوء على مختلف جوانبـــه.

وأستسمح الحضور الكريم، في إشارة وجيزة، إلى أن تنظيم هذا اللقاء يندرج ضمن عملية شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، الذي سيدخل حيز التنفيذ بتاريخ 24 أبريل سنـــة 2009،

وهـــو قانون قامت بإعداده نخبة من القضاة، من ذوي الخبرة والكفاءة، بمساهمة سخية لمهنيين من رجال القانون، محامين، وموثقين، ومحضرين قضائيين، وأساتـــذة جامعيين مرموقين، وخبراء جزائريين وأجانب من ذوي الاختصاص، خلال مدة دامت خمس سنوات (05) من التحضير والدراسة والمقارنة مع أحدث القوانين، بغرض تعويض قانوننا الحالي للإجراءات المدنية، ومسايرته للتطورات السريعة التي شهدتها وتشهدها الجزائر في جميع مناحي حياتها السياسية والاقتصادية والاجتماعيـــة، ضمن تطبيق مخططها الوطني للتنمية الشاملة لفخامة رئيس الجمهورية السيد عبد العزيز بوتفليقة وبرنامج فخامته لإصلاح العدالـــة.

ولا شـــك فيما لقانون الإجراءات المدنية والإدارية من أهمية في تفعيل النصوص القانونية سواء التشريعية منها أو الأساسية، ومواكبتها للتحولات داخل المجتمع في تناغم وانسجام مع مبادئه وقيمه المشتركة،

فهو باعتباره القانون المتضمن مسار الدعوى المدنية، يجب أن يقوم علـــى ما لها من أصول فقهية وفلسفية واجتماعية، وعلى ما توصلت إليه من نظريات وتطبيقات حديثة، في كافة مجالاتها لفض الخصومات، ومنها الآليات البديلة المستحدثة في حل النزاعات، والمسالك البارزة التي أضافتها لنظام سير الخصومة القضائية بصفة عامة، وكل ما مـــن شانه تفعيل الجزاءات التي تفرضها حالة المساس بالحقوق الموضوعية، ضمانـــاً لاستقرار المعاملات داخل المجتمع، ورعاية الحقوق المدنيـــة والسياسية للأفراد والجماعـــات.

وبنـــاء على هذه الاعتبارات وأخرى غيرها، كان لابد من إعادة النظر في قانون الإجراءات المدنية الحالي، برمته وبمنهجية جديدة، في ضبط مسار الدعوى المدنية، بدءاً من قيدها، وسيرها أو ممارستها أمام الجهات القضائية، بمختلف درجاتها، وانتهاء إلى صدور الحكم النهائي فيهـــا وتنفيذه، من منطلق ضمان التطابق والانسجام مع المبـــادئ الدستوريـــة، ومراعاة المستجدات والتحولات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، التي أدت إلى تنوع المنازعات وتعقدها، وتكـــريس مبادئ الاجتهاد القضائي الوطني المتواتر طيلة أربعة عقود مضت، ومواكبة تطور القوانين المقارنة، والتناسق والانسجام مع الاتفاقيـــات والمعاهـــدات الدولية التي انضمت إليها الجزائر، وتجسيد توصيات اللجنة الوطنية لإصلاح العدالة، وما خلصت إليه الندوة الوطنية لتقييم مسار الإصلاح من توصيـــات.

ومن هذا المنطلق، فإن مقومات هذا القانون، جاءت مجسدة لمبدأ المساواة أمام القضاء، وتيسير اللجوء إلى مرفق العدالة، وتوفير شروط ضمان المحاكمة العادلـــة، من خلال تكريس حق الدفاع للجميع، والوجاهية في العمل القضائي، وحق استعمال طرق الطعن، وعلنية الجلسات، والفصل في القضايا خلال آجال معقولة، وحياد القاضي حين الفصل في الدعـــوى.

وهي ذات المبادئ والمعايير العالمية المكرسة في المواثيق والاتفاقيات والعهود الدوليـــة.

ونظراً إلى أنه لابد من ضبط وتفعيل بدائل الخصومة القضائية، التي بلا شك، تسهم في ترقية ثقافة التصالح بين المتخاصمين، فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، قد تضمن من بين كتبه، الموزعة على 1065 مادة، كتاباً كاملاً للطرق البديلة في حل النزاعات، عن طريق الصلح والوساطة والتحكيـــم.

وهي طرق بديلة تم أخذه بها، من منطلق أن العمل القضائي سمته البطء، ولا وجود لنظام قضائي مثالي في العالم، لا يعاني من مشكلة طول مدد الفصل في القضايا، بسبب بطء الإجراءات، وكثرة طرق الطعن، التي غالباً ما ينجر عنها استياء وعدم رضا المتقاضين.

وكذلك لمسايرتـــه التطور الحاصل في القوانين الحديثة، ومـــا للمجتمع الجزائري من تراث وعادات وأعراف، تزخر بقيم النبـــل

ومثل الشهامة، التي يتحلى بها المواطن عندنا، وتغلب على طبعه، فتجعلـــه يجنح نحو الصلح كلما أمكنه ذلك.

وأشير في هذا الصدد إلى أن الوساطة والصلح المستحدثين في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، لفض النزاعات، يجريـــان تحت رقابـــة القاضي فيما هو غير متعارض مع النظام العام، وفق إجراءات مضبوطة وشروط محددة، وأن قواعد التحكيم التي تضمنها هذا القانون أيضاً، قد تم اقتباسه لها في مجملها، من أحدث ما توصلت إليه التشريعات المعمول بها في مجال التحكيم، تطبيقاً للمبـــادئ والقواعد المشتركة ضمن الاتفاقيات الدولية في هذا الشأن، سواء فيما هو متعلق منها بتحديد الحالات التي يمكن فيها اللجوء إلى التحكيم، قبل نشوء النزاع أو بعـــده، أو ضبط إجراءات التحكيم الداخلـــي والـــدولي، وكيفيات تشكيل محكمة التحكيم، وطرق الطعـــن في أحكامها وإجراءات تنفيذهـــا.

ونظراً إلى أننا ننتظر منكم الكثير في هذين اليومين الدراسيين اللذين يبقيان دون الوقت الكافي لدراسة وشرح كل ما جاء به قانون الإجـــراءات المدنية والإدارية الجديد من طرق بديلة لحل المنازعات، فإنني لن آخذ من وقتكم الثمين أكثر من هذا، وأنا على يقين مـــن أنكـــم الخبراء المختصون والمؤهلون لإلقائكم الضوء علـــى مختلف الجوانب المتعلقة بهذا الموضوع، سواء بالشرح والدراسة أو بالإثراء من خلال استعراضكم التجارب المماثلة وتطبيقاتها المقارنـــة.

ولهـــذا أتمنى لحاضر ملتقاكم التوفيق والنجاح، ولضيوف الجزائر إقامـــة طيبة وسعيدة، وأعلـــن عن الافتتاح الرسمي لهذين اليومين الدراسيين.

والسلام عليكـــم ورحمة الله وبركاتـــه.

التحكيـــــم

قانـــون التحكيم الجزائري الجديـــد

عبـــد الحميـــد الأحـــدب

محـــام – رئيس الهيئة العربية للتحكيـــم

القانون الذي كان يرعى التحكيم في الجزائر هو قانون الاجراءات المدنيـــة الصادر سنة 1966[1] والذي يتضمن فصلاً عن "التحكيـــم" وكان متأثراً بقانون الاجراءات المدنية الفرنسي الذي لم يكن علـــى وفاق مع التحكيـــم، وكان يحظر لجوء الدولة والمصالح الحكوميـــة للتحكيم ولكنه لم يتبنّ قاعدة حصر التحكيم في الحقل التجاري كما قضى القانون الفرنسي بذلك بل أجازه في الحقل المدني أيضاً[2]. كذلك أعطى القانون السابق للمحكمين صلاحية النظر في صلاحيتهم وكان هذا القانون يرعى التحكيم الداخلـــي.

ولكـــن المشرع الجزائري وجد أن التحكيم الداخلي يختلف عن التحكيـــم الدولي وأنه لا بد من أحكام قانونية ترعى التحكيم الدولي خاصة بعد ان انضمت الجزائر الى اتفاقية نيويـــورك.

---

1 – الصـــادر في 1966/6/8.

2 – المـــادة 442 من قانون الاجراءات المدنية السابق.

هكذا أصدر المشرع الجزائري مرسوماً تشريعياً سنة 1993[3] ينظم أحكـــام التحكيم الدولي في الجزائر، متأثر بمجمله بأحكام القانـــون الفرنسي الصادر سنة 1981 والقانون السويسري الجديد الصادر سنة 1987. وبقي الحال على هذا المنوال الى ان صدر في 25 فبراير 2008 قانون الاجراءات المدنية والادارية ليحل محل القانون القديم متضمناً فصلاً خاصاً ليس عن التحكيم فحسب، بل عن "الطرق البديلة لحل المنازعات"[4] من الصلح الى الوساطة الى التحكيم. مسايراً تطور هذه الوسائل البديلة كل منها على حدة خاصة وان "الوساطة" قد أخذت تحتل مكانة كبيرة كوسيلة بديلة لحسم المنازعات الى جانب التحكيم، لاسيمـــا التحكيم الدولي الذي صار هو القضاء الأساسي للتوظيفات الدوليـــة كما للتجارة الدولية. هكذا خصص القانون الجديد فصلاً للتحكيم الداخلي وآخر للتحكيم الـــدولي.

والقانـــون الجديد متأثر بقانون التحكيم الفرنسي الجديد الصادر سنة 1981 ويكون المشرع الجزائري قد اختار الاتجاه الفرنسي للتحكيم وهو الاتجاه الذي سلكه المغرب وتونس ولبنان بينما اتجاه الاونسترال

3 – مرســـوم تشريعي رقم 9/93 مؤرخ في ذي القعدة عام 1413 الموافق 25 ابريل سنة 1993 يعدل ويتمم الأمـــر رقم 154/66 المتضمن قانون الاجراءات المدنية المؤرخ في 8 يونيـــو 1966.

4 – الكتـــاب الخامس – المـــادة 990 وما بعدهـــا.

(لجنـــة قانون التجارة الدولية للأمم المتحدة) سلكته باقي الـــدول العربيـــة وأولها مصر التي كيفت قانون الاونسترال النموذجي وتبعتها سلطنة عمان ثم الاردن ثم سوريا وعلى الطريق الآن الامارات العربية واليمـــن.

ولكن متى يكون التحكيم دولياً ومتى يكون التحكيم داخلياً في قانون التحكيم الجزائري الجديـــد؟

اعتبر قانون التحكيم الجزائري السابق ان التحكيم يصبح دولياً حين "يختص بالنـــزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية"[5] ويضيف القانون السابق شرطاً آخر لدولية التحكيم هو "أن يكون مقـــر أو موطن احد الطرفين على الاقل في الخـــارج".

ويكـــون القانون السابق قد اعتمد معيارين وليس معياراً واحداً لتحديد دولية التحكيـــم.

وقـــد حسم القانون الجديد الأمر باعتماد معيار واحد يجمع بين المعيارين بطريقة فذة وجديدة اذ نص[6] على انه "يعد التحكيم دولياً بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل" فيكون القانون الجديد قد تخلى عـــن

5 - المـــادة 458 من المرسوم الجزائري لقانون التحكيم الدولي الجزائـــري.

6 - المـــادة 1039 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

المعيار الاقتصادي الذي هو "النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية" الى تعدد الاستثمارات الدوليـــة، بحيث يكون التحكيم دوليـــاً حين يكـــون أحد طرفيه منتمٍ الى المصالح الاقتصادية للدولة الفرنسية مثلاً بينما الطرف الآخر منتمٍ الى المصالح الاقتصادية للدولة الجزائرية، وهذا التعريف يتجاوز المعيار الاقتصادي (مصالح التجارة الدولية) والمعيـــار القانوني (تعدد أماكن الاقامة أو تعدد الجنسيات) الى مقياس فيه معيار اقتصادي يتعلق بمصالح التجارة الدولية وفيه معيار قانوني يتعلق بتعدد الدول والجنسيات والاقامـــات.

ولكـــن الملاحظ أن هذا القانون الجديد يسري مفعوله بعد سنة مـــن تاريخ نشره في الجريدة الرسمية[7] وبما ان هذا القانون نشـــر في الجريـــدة الرسمية في 23 ابريل 2008[8] فانه يصبح ساري المفعول في 23 أبريـــل 2009.

فمـــا هـــي أحكام قانون التحكيم الجزائري الجديـــد؟

7 - المـــادة 1062 من القانون الجديـــد.

8 - العـــدد 21 السنة الخامسة والأربعـــون.

المبحث الأول

عقـــد التحكيـــم

أولاً : في القانـــون السابق

1- الشـــرط التحكيمي والاتفاق التحكيمي اللاحق للنـــزاع :

في التحكيم الداخلـــي، فرق قانون التحكيم الجزائري الســـابق بوضوح بين الشرط التحكيمـــي الوارد في العقد والاتفاق التحكيمي اللاحق للنزاع[9] فالاتفاق التحكيمي اللاحق للنزاع يوقع أمام المحكمين الذين يتم اختيارهم ويحرر من أجل ذلك محضراً، ويجب أن يكـــون خطياً وان يعين أسماء المحكمين وموضوع النزاع تحت طائلة الابطال.

ويمكن ان يتضمن اي عقد شرطاً تحكيمياً لحسم الخلافات الناشئة عن تنفيذ هذا العقد، فيكون قد استثنى الخلافات الناشئة عن صحة أو عن تفسير العقد. واذا كان موضوع العقد تجارياً فيمكن للمتعاقدين تعيين اسماء المحكمين وفي هذه الحالة يجب ان يكون الشرط التحكيمي مكتوباً ومصادقاً عليه من الطرفين تحت طائلة الابطال أي أن العقـــد موقع مرتين مرة على العقد ومرة على الشرط التحكيمـــي.

9 - المـــادة 444-443 من القانون السابق.

أمـــا في التحكيم الدولي، فقد نص القانون السابق[10] على انـــه "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات المستقبلية والقائمة" وقد أثار النص جـــدلاً حول ما اذا كان يجيز الشرط التحكيمي أم لا أم أنـــه حصر التحكيم في "نوع واحد من الاتفاقية التحكيميـــة".

2- الأهليـــــة :

في قانون التحكيم الداخلـــي ، فقد نص القانون السابق على ان كـــل شخص يستطيع ان يحيل للتحكيم الحقوق التي يملك حريـــة التصرف بها معتبراً ان توقيع عقد التحكيم يحتاج لأهلية التصرف في الحقوق وليس مجرد أهلية التقاضي وادارة الحقوق مما يدل أن المشرع الجزائري كان يعتبر التحكيم طريقاً استثنائياً للتقاضـــي.

أما بالنسبة لأشخاص القانون العام فليست لهم الأهلية للاحتكام وهـــذا المبدأ كان مأخوذاً من القانون الفرنسي الســـابق.

وكان هناك المؤسسات العامة من جهة والمؤسسات العامة الصناعية والتجارية من جهة أخـــرى.

وكانت المؤسسات العامة الصناعية والتجارية خاضعة للتحكيم الالزامي ووحدها المؤسسات العامة التي ليست لها الأهلية للاحتكام.

---

10 - المـــادة 458 مكرر (1) من القانون الســـابق.

ولكن هذه القاعدة التي تحظر الاحتكام على المصالح الحكومية كانت مطبقة في التحكيم الداخلي دون التحكيم الـــدولي.

أما في التحكيم الدولي، فقد نص القانون السابق على أنه "يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام ان يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقتهم التجارية الدوليـــة"[11] وبالتالي فانه كان لا يجيز للدولـــة وللأشخـــاص المعنويين التابعين للقانون العام اللجوء الى التحكيم في علاقاتهم التجارية الدولية مما يسقط عن أشخاص القانون العام الأهلية في التحكيم الـــدولي.

3- استقلاليـــة الشـــرط التحكيمـــي :

في قانون التحكيم الداخلـــي، لم ينص القانون السابق علـــى استقلاليـــة الشرط التحكيمي ولكن بعض الاجتهاد والفقه اعتبر ان الشرط التحكيمي الذي يجب ان يوقعه الأطراف الى جانب توقيعهم على العقد هو بحد ذاته توقيع على عقد في العقد. ولكن الأمر بقـــي موضع جـــدل.

أمـــا في التحكيم الدولي، فقد نص القانون السابق على نظريـــة استقلاليـــة الشرط التحكيمي فنص على[12] أنه "لا يمكن الاحتجـــاج

11 - المادة الاولى من المرسوم التشريعي رقم 93-9 المؤرخ في ذي القعدة 1413 الموافق 25 ابريل 1993.

12 - المـــادة 458 مكرر (1) من المرســـوم.

بعـــدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب ان العقد الأساسي قد يكون غير صحيح".

4- شكـــل الشـــرط التحكيمـــي

في قانون التحكيم الداخلـــي، فقد كان القانون السابق يشترط لصحة الشرط التحكيمي ان يوقع عليه الى جانب التوقيع على العقد واذا سمي المحكمون في الشرط التحكيمي فيجب أن يكون الشـــرط مكتوباً ومصادقاً عليه من الطـــرفين .

أما في قانون التحكيم الدولي، فقد عدّل القانون الجديد القانون السابق واعتبر[13] ".. كتابة أو بأية وسيلة اتصال اخرى تجيز الاثبات بالكتابة " وبالتالي صار الباب مفتوحاً أمام الفاكس وأمام الالكتروني.

فضلاً عن ان النص الوارد في اتفاقية نيويورك الساري المفعـــول بحكـــم انضمام الجزائر اليها والتي تقبل الاثبات بالبرقيـــات.

فيكـــون القانون الجديد قد سبق اتفاقية نيويورك بقبوله الفاكس والبريد الالكتروني الى جانب البرقيات التي تشير اليها اتفاقية نيويورك. والفقه يعتبر ان المراسلات تشمل البرقيات والتلكسات[14]. وفي كل الأحوال فان عبارة القانون الجديد في التحكيم الدولي الواردة"... أو

13 - المـــادة 1040 من القانون الجديد.

14. Jean Robert : L'Arbitrage 5-édition- Dalloz. P. 69.

بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الاثبات بالكتابة" يحمل معنى واسعاً جداً للاثبات الكتـــابي.

ثانيـــاً: في القانـــون الفرنســـي :

لم يكـــن قانون المرافعات المدنية القديم، يتعرف الا على الاتفاق التحكيمـــي. وقد كان الاجتهاد الفرنسي هو الذي كرّس اللجوء الى الشرط التحكيمي للإفراج عنه من نص تشريعي معادٍ للتحكيـــم.

وقد اعتمد النص الجديد التمييز الحاصل والمحدد من قبل الاجتهاد، وأعطى نوعاً من الابراز للشرط التحكيمي، نسبة الى الاتفاق التحكيمي، وهـــذا الشرط اصبح حالياً، حجر الرحى الذي يقوم عليه الصـــرح التحكيمـــي.

وفي الواقع، قليلاً في التجارة الداخلية وكثيراً في التجارة الدولية، أصبح يدرج هذا الشرط في العقـــود، وبل أصبح هذا الشرط هو القاعدة، في ميدان التجارة الدولية. ويمكن القول، أن الأغلبية الساحقة من القضايا التحكيمية، وخاصة الدولية منها، تنشأ استناداً الى شرط تحكيمي سابق للتراع. وعدد اقل بكثير منها ينشأ بالاستناد الى اتفاق تحكيمي لاحق للنـــزاع.

1- شـــروط صحة الشرط التحكيمـــي :

فقـــرة أولى : في التحكيم الداخلـــي

خصص قانون المرافعات المدنية الجديد، فصلاً كاملاً للشرط التحكيمي في التحكيم الداخلي، فحقق بذلك خطوة هامة عندما أقر رسمياً بالشرط التحكيمـــي، الا أن هذا الاقرار بقي استثناء و لم يصبح هو القاعدة، ذلك ان القانون المدني قد نص على ما يلـــي[15] :

"يعتبر الشـــرط التحكيمي باطلا اذا لم ينص القانون على خلاف ذلك".

وان قانون المرافعات المدنية الجديد قد نص على خلاف ذلك، بما انه جعل الشرط التحكيمي أمرا مشروعـــاً.

فـــأي شرط تحكيمي مقصـــود؟

لمزيد من التفهم لهذه النقطة، يقتضي التذكير بأن قانون المرافعات المدنية الفرنسي قد صدر بموجب مرسوم، بينما القانون المدني كان قد صدر بموجب قانون. واذا كان للمرسوم نفس الأثر ونفس النتائج التي للقانون، الا انه ليس بإمكانه أن يعدّل القانون. الأمر الذي ينتج عنه، أن المرسوم اذا انشأ نظام التحكيم الداخلي، فهو لم يتمكن من حـــل المسألة المطروحة في القانون المدني، والتي تمنح الشرط التحكيمـــي

15 - المـــادة 2061 من القانون المدنـــي.

وتعتبره باطلاً، الا اذا كان هناك نص قانوني مخالف، وهكذا، فـــان الشـــرط التحكيمي يكون قد أصبح في وضع دقيق.

وقد اعتبر الاجتهاد ان الشرط التحكيمي يقع باطلاً في الأعمـــال المختلطة ما بين التجاري والمدني، ولم يقر بهذا الشرط الا في الميدان التجاري، تطبيقاً لأحكام قانون التجارة[16]، الذي يجيز عرض النزاعات التجارية على التحكيم وعمد الى تحديدها حصراً وتعود الى صلاحية محاكم التجـــارة.

يستخلص من ذلك، انه بالرغم من اعتراف قانون المرافعات المدنية الجديد بالشرط التحكيمي، وهو الاعتراف الذي سبق اليه الاجتهـــاد الفرنسي، والذي كان قد سعى الى حماية الشرط التحكيمي في ميدان التحكيم الدولي، بالرغم من ذلك، فـــن الشرط التحكيمي قد لبث باطلاً في الميدان المدني، وغير مقبول في الميادين الأخرى، باستثنـــاء الميدان التجـــاري، وان بطلان هذا الشرط هو الذي شكل القاعدة، وصحته هي الاستثنـــاء.

وقد طرح قانون المرافعات المدنية الجديد، شرطين اضافيين لصحة الشرط التحكيمي في الميدان الداخلي[17]. وهذان الشرطان همـــا :

16 - المـــادة 631 من قانون التجارة الفرنسي المعدلة بقانـــون 31/12/1925.

17 - المـــادة 1443 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

أ- يقتضي أن يكون الشرط التحكيمي خطياً، الأمر الذي يجعـل الكتابة شرطاً لصحة الشرط وليس لاثباتـه فحسب.

ب- ويقتضي أن يعمد الاتفاق التحكيمي، اما الى تحديد المحكم أو المحكمين، أو الى تحديـد كيفية هذا التعيين. وفي ذلك يتميز النص الجديـد عن النص القديم، الذي كان يفرض تعيين المحكمين دون أن يترك باب المخالفة مفتوحـاً. الا ان الاجتهاد كان قد توسع بتفسير النص القديم بصورة متوسعة، معتبراً انه اذا كان هناك تحديد لكيفية تعيين المحكمين، فان ذلك كان يعادل التعيين، ولا يكون الشـرط التحكيمي باطلاً في هذه الحالة، وبالتالي فان النص الجديد يكون قـد تبنى موقف الاجتهاد بهذا الصدد، بل هو قد ذهب الى أبعد من ذلك، اذ أعطـى لقاضي الامور المستعجلة سلطة التدخـل لتعيين المحكمين الذيـن لم يتم تعيينهم في الشرط التحكيمـي.

ومن جهة اخرى، فان النص الجديد لم يفرض ان يكون موضوع التحكيـم محدداً، ليكون الشرط التحكيمي صحيحاً، وهو عائق كان يصطدم به الشرط التحكيمي الذي يتعلق بالنزاعات المستقبليـة، التي ليس بالامكان معرفة موضوعها، قبل حصولهـا.

وفي الحالـة التي لا يتحقق فيها هذان الشرطان، فان الاتفاقية التي تحتوي على هذا الشرط التحكيمي لا تكون باطلة، بل وحده الشرط

التحكيمي هو الذي يعتبر وكأنه لم يكن[18]، وتبقى بقية أحكام الاتفاق سارية المفعـــول. وبذلك، وضع النص الجديد حداً للمناقشات المثارة مـــن قبل الفقه ومن قبل الاجتهاد، في موضوع صحة العقد المتضمن لشرط تحكيمي باطل. وفي كل الأحوال، فان بطلان الشرط التحكيمي يمكـــن ان يؤدي الى بطلان العقد في حالة واحدة، وهي الحالة التي تكون فيها ارادة المتعاقدين، لم تجعل من الشرط التحكيمي وسيلـــة فقط لفض النزاعات، بل شرطاً اساسياً لتوافقهم، بمعنى ان الفرقاء ما كانوا ليتعاقدوا، لولا وجود مثل هذا الشرط. ففي هذه الحالة، وفي هذه الحالة فقط، يكون مصير العقد مربوطاً بالشرط التحكيمـــي[19].

فقـــرة ثانيـــة : في التحكيم الـــدولي

ان الوضع القانوني مختلف تماماً، في ما يتعلق بالتحكيم الدولي، لأن قانون التحكيم الدولي الفرنســـي، يعطي حرية واسعة للمتعاقدين في هذا المجـــال.

وهكذا فانه ليس مفروضاً حتى مجرد أن يكون الشرط التحكيمي مكتوبـــاً. وان كانت امكانية ان لا يكون مكتوباً، هي أمر قليـــل الاحتمال، مع الاشارة في الوقت نفسه الى أن قانون التحكيم الدولي،

18 - تنص المـــادة 1446 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي على ما يلـــي :

"Lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite. »

19. Recueil Dalloz-Sirey 1980- Chronique XXVII – Jean Robert : La législation nouvelle sur l'arbitrage, p. 190.

اذا لم يفرض الكتابة لصحة الاتفاقية التحكيمية، الا انه عاد ففرض ان ترفق الاتفاقية التحكيمية أو نسخة عنها بأصل القرار التحكيمـــي أو نسخة عنه، وان يقدما مع طلب التنفيـــذ.

والقانون نفسه لم يفرض شكلاً محدداً للعقود المكتوبة، وهو يقبل أيـــة مستندات "كتابية، تشكل بمجموعها دليلاً "كتابياً على وجـــود الاتفاقية التحكيميـــة.

هكـــذا فان نظرية "المستندات الكتابية" يمكن تفسيرها بطريقة واسعة، ويمكن ان نشمل بها مثلاً المراسلات المتبادلة ما بين الفرقـــاء، وهي مراسلات يمكن اعتبارها وسيلة اثبات كتابية تدل على وجـــود اتفاق تحكيمـــي[20].

ويرى البعض، أن المستند الوحيد الموقّع من قبل فريق واحد هـــو كاف، شرط أن يعمد صاحب الطلب الى تقديم شرح مقنع يبرر بـــه غياب توقيع الفريق الآخـــر[21].

وقد ذهب قانون التحكيم الدولي أبعد من ذلك، في الحالة التي تذهب فيها الأعراف التجارية الى وجوب حل نزاع معيّن بواسطـــة التحكيم، اذ اجاز الاجراءات التحكيمية، حتى في غياب اتفاق خطي بهذا الصـــدد.

---

20 - سانـــدرز (SANDERS) ندوة حول اصلاح التحكيم الدولي في فرنسا في 23 سبتمبر 1981 مجلـــة التحكيـــم رقم 4 ص. 448.

21. MEZGER (Op.Cit. p. 544).

مع ملاحظـــة ما يلـــي :

1. لا يحتوي القانون الفرنسي على تعريف للشرط التحكيمي في التحكيم الدولي بينما هذا الشرط معرّف في التحكيم الداخلـــي.

2. وهـــو لا يحتوي كذلك على قواعد متعلقة بصحة الشـــرط التحكيمي في التحكيم الدولي، بينما مثل هذه القواعد موجـــودة في التحكيم الداخلـــي.

فهل هذا الأمر هو بمثابة ترك حرية كاملة للفرقاء، بما يمكّنهم من وضع الشرط التحكيمي في الميـــدان والاطار والتوجه الذي يناسبهم، سواء كان الميدان مدنيا أم تجارياً، تاركاً مجال الاثبات واسعاً، كمـــا هو الأمر في قانون التجـــارة؟

3. لم يشر قانون التحكيم الدولي الى القانون الذي يقتضي تطبيقه في مجال التحكيم الدولي، بالنسبة لصحة الشرط التحكيمي ولتنفيذه، ولكنـــه اشار فقط الى الحالة التي يختار فيها الفرقاء تطبيق القانـــون الفرنسي، اذ ذكر ان الأحكام المتعلقة بالتحكيم الداخلي "لا تطبّق الا في غياب الاتفاقات الخـــاص"[22].

4. لم يأخـــذ القانون الجديد موقفاً في ما تعلق باجتهاد محكمـــة استئناف باريس، التي سبق لها ووضعت قاعدة تذهب الى أن الشرط

22 - المـــادة 1495 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

التحكيمـــي لا يشكّل مخالفة للنظام العام الدولي اذا كان له موضوع يشترك فيه الطابع المدني مع التجـــاري[23].

يبقـــى أن هناك مسألة تطرح نفسها في التحكيم الدولي، وهي صحة الشروط التحكيمية "على بياض"، التي نجدها غالباً في عقـــود التجارة الدولية. والشرط التحكيمي "على بياض" هو شرط ينحصر اتفاق الفرقاء بموجبه على الذكر، بأن كل نزاع ينشأ في ما بينهـــم، يجري فصله بواسطة حكام. والشرط التحكيمي لا يتضمن بالتالي الا هذه الاشارة ... "على بياض" ولا يحتوي على أي تفصيل آخر، فلا هو يذكر كيفية تعيين المحكمين، ولا المدة التي يقتضي أن يصـــدروا خلالها قراراتهم التحكيمية، ولا مكان التحكيم ولا لغته، ولا القانون الـــذي يقتضي ان يطبق على هذا التحكيم ولا على اجراءاتـــه.

وهذا الشرط... "على بياض" يدفع الى احتمال اعتبار التحكيم غير قابل للتطبيق، اذا ما طبّقت عليه احكام اتفاقية نيويورك[24] (والتي تشكل جزءاً لا يتجزأ من القانون الفرنسي)، الا اذا كان هناك علـــى الأقل تعيين لمكان التحكيم، أو للقانون الذي يقتضي تطبيقه علـــى اجـــراءات المحاكمة، مما يعطي امكانية عملية لمباشرة التحكيـــم.

---

23. C.A. Paris F (5ème Ch.) 19 Juin 1970 Revue de l'arbitrage 1972, p. 67 J.C.P. 71 – 16927, note Goldman

24 – المـــادة الثانيـــة المقطع 3.

وفي غياب جميع هذه العناصر، فان الشرط "على بياض" يكـــون امام احتمال اعتباره مجرداً من كل مفعول قانوني. وفي الحالة التي يحدد فيها هذا الشرط ان القانون الفرنسي، هو الذي يطبّق على اجراءات التحكيم، او ان مكان التحكيم هو فرنسا، فان القاضي الفرنســـي يصبح أمـــام احراج في تقرير ما اذا كان قانون التحكيـــم الفرنسي الداخلي، هو الذي يقتضي تطبيقه، أم قانون التحكيم الفرنسي الدولي، خاصة وان القانون الأول يطرح قاعدتين مبدئيتين اساسيتين، وهمـــا تعيين المحكم (او تعيين كيفية هذا التعيين) ووترية عدد المحكمين، بينما القانـــون الثاني لا يتضمن مثل هاتين القاعدتين.

2- استقلاليـــة الشـــرط التحكيمـــي :

الفريق الذي يثير موضوع بطلان عقد، هل يثير في الوقت نفسه بطلان الشرط التحكيمي الذي يحتويـــه؟

وبتعبير آخر، هل يؤدي بطلان العقد الى بطلان أحكامه جميعاً، بما فيها الشرط التحكيمي الذي يشكل جزءاً لا يتجزأ منـــه؟

يذهب الاجتهاد الفرنسي المتعلق بالتحكيم الداخلي الى الاجابـــة على هذه المسألة بالايجاب، معتبراً ان الشرط التحكيمي الذي يتضمنه العقد الباطل، هو باطل بدوره. وقد كان من نتيجة هذا الاجتهاد، ان المحكم كان يعتبر نفسه مرفوع اليد عن القضية، بمجرد أن يثير أحـــد الفرقاء قضية صحة العقد الأساسي. وقد يعتبر نفسه مجبراً على اعلان

عدم صلاحيته، لأنه كان عليه تبعاً للمسألة المطروحة، أن يعمد الى النظر في صحة العقد الأساسي، وبالتالي صحة الشرط التحكيمـــي، وهو الشرط الذي يستقي منه صلاحيته. وكان هناك اجماع في الاجتهاد، على انه ليس للمحكم "صلاحية التقرير في موضوع صلاحيته"[25]، لأن شروط العقد تتكامل في ما بينها، وهي غير قابلـــة للتجزئـــة.

ولكن تغييراً حدث في هذا الاجتهاد عام 1963، عندما صدر قرار غوسسي[26] (GOSSET) الذي اكتسب شهرة واسعة في أوروبـــا، وبموجبه، اعتبرت محكمـــة التمييز الفرنسية ان لاتفاق التحكيـــم في التحكيم الدولي، سواء أكان معقوداً على حدة، ام كان العقد مدرجاً فيه وباستثناء ظروف جد خاصة، استقلالية ذاتية تحميه مما يتعرض له العقد الأساســـي.

وان الفكرة التي ارتكزت اليها نظرية استقلالية الشرط التحكيمي، هي أن هذا الاتفاق يشكّل عقداً ضمن العقد، الأمر الذي يعني بتعبير آخـــر، أن الشرط التحكيمي يشكّل عقداً معادلاً للعقد الأساسي، وبالتالي، فان قاضي الأساس هو قاضي الفرع. وقاضي العقد هو قاضي الشرط التحكيمـــي.

25. Cass. Civ. 1953 – Arrêt COURTIEN, S. 1954. I, 149.

26. Rev. crit. dr. int. pr. 1963, p. 615, note MOTULSKY ; J.C.P. 1963-II-13405, note Goldman ; D. 1963, p. 543, note Robert.

وهكذا فقد رسم الاجتهاد أمام التحكيم الدولي، سبيلاً لاستقلالية الشـــرط التحكيمي بالنسبة لبقية شروط العقد، بينما بقي الشـــرط التحكيمي نفسه في التحكيم الداخلي مرتبطاً وملتصقاً بالعقـــد.

وفي العام 1972، صدرت عدة قرارات، سارت في اتجاه مماثل في التحكيم الداخلي. فقد فصلت محكمة استئناف باريس هذا الموضوع، معتبرة ان الشرط التحكيمي والعقد الأساسي يشكّلان عملين يفرض المنطق تمايزهمـــا[27].

وقـــد استمرت الأمور على هذا المنحى، حتى صدور مرسوم عـــام 1980، بصدد التحكيم الداخلي، ومرسوم عام 1981 بصدد التحكيم الـــدولي.

فمـــا هو موقف هذين المرسومين من هذا الموضـــوع؟

فقـــرة أولى–في التحكيـــم الداخلـــي :

كان هناك اتجاه يدعو الى توحيد الاجتهاد بهذا الصدد، بحيث يتبنى التحكيم الداخلي موقف التحكيم الدولي حول هذه المسألـــة[28].

وقد صدر القانون الجديد بموجب مرسوم، بينما يوجب الدستور الفرنســـي[29] أن يحصل أي تعديل للقانون بقانون صادر عن السلطـــة التشريعيـــة وليس بمرسوم صادر عن السلطة التنفيذيـــة.

---

27. Paris, 9 mars 1972, Rev. Trim. Dr. cons. 1972, p. 344 et s.

28. J. Robert: D. 63, p. 545.

29 – المـــادة 34 من الدستور الفرنســـي.

ولكـــن رغم هذا الواقع، فقد أظهر النص الجديد جراءة في منحاه المستجد، اذ تبنى التيار الذي سبق اطلاقه من قبل الاجتهاد. وهكذا، فقد جاء النص على ما يلـــي[30] :

"اذا اعترض الفرقاء أو أحدهم، على صلاحية المحكـــم، من حيث المبدأ أم من حيث المدى، فانه يعود الى هذا الأخير الفصل في موضوع صحة وحدود صلاحيتـــه".

ولكـــن هذا النص لا يكفي للفصل في هذه المسألة، لأن النص حول التحكيم الداخلي جاء يحدد في مادة أخرى، الحالات التي يمكـــن فيها، طلب رفع يد القاضي عن القضيـــة.

وتنص هـــذه المادة على ما يلـــي :

"عندمـــا يرفع نزاع، تنظر فيه محكمة تحكيمية الى محكمة قضائية تابعة للدولة، يقتضي على هذه الأخيرة أن تعتبر نفسها غير صالحـــة للنظـــر فيـــه.

فاذا كانت المحكمة التحكيمية لم تشرع بعد في النظر في هذا النزاع، فان على المحكمة القضائية التابعة للدولة أن تعلن عدم صلاحيتها، الا اذا كانت الاتفاقية التحكيمية باطلة بطلاناً واضحاً. وفي الحالتين، فانه ليس بإمكان المحكمة القضائية اعتبار نفسها غير صالحة بصورة تلقائية"[31].

30 - المـــادة 1466 من قانون المرافعات الفرنســـي.

31 - المـــادة 1458 من قانون المرافعات الفرنســـي.

وأمـــام هذا النص يمكن ملاحظة ما يلـــي :

أ- ان عدم صلاحية الهيئة القضائية التابعة للدولة، للنظر في النزاع موضوع الاتفاقية التحكيمية، ليس من النظام العام، ولا يمكن التمسك بـــه، الا اذا كان مثاراً من قبل أحد الفرقـــاء.

ب- ان صلاحيـــة الهيئة التحكيمية هي شاملة، وان المحكم في الأساس هو أيضا محكم في الفرع.

ينتج عـــن ذلك ان الفصل في صحة الشرط التحكيمي يعـــود للمحكمة التحكيمية، وبذلك يكون المشرع قد اختار نظرية استقلالية الشرط التحكيمي، في مادة التحكيم الداخلي، تلك النظرية التي سبق اعتمادها اجتهاداً في ما تعلق بالتحكيم الدولي.

ج- وضع القانـــون استثناء واحداً، في الحالة التي تكون فيهـــا الاتفاقية التحكيمية باطلة بطلاناً واضحاً، ولا يكون فيها النزاع قـــد عرض على المحكمة التحكيمية، فاذا كان هذان الشرطان متحققين، يمكن للمحكمة القضائية التابعة للدولة، ان تنظر في النـــزاع.

يقتضي أن يكون البطلان اذاً، واضحاً، لدرجة تقطع امكانية أي اعتـــراض قانوني، اي ألا يكون فيه مجال لأي جـــدل.

ويمكن المقارنة هنا بين "البطلان الواضح" وحالة "الضرورة" والعجلة التي تستند اليها صلاحية قاضي الأمور المستعجلة، فيقتضي أن تكون الحالـــة الضرورة والعجلة بديهية بشكل يبرر الاستثنـــاء[32].

"البطلان الواضح"، مثله مثل "العجلة" هو حالة تمكّن من الابتعـــاد عـــن القاعدة التي بموجبها يكون قاضي الأساس، هو نفسه قاضـــي الفرع (قاعدة تمكّن المحكم من الفصل في صحة الشرط التحكيمي)، والتي تبرر بالتالي تمكّن المحاكم القضائية التابعة للدولة، من الفصل في النزاع المرتبط بشرط تحكيمي باطل "بصورة واضحة". وفي هـــذه الحالة، يخرج النزاع عن صلاحية الهيئة التحكيمية، ليصبح، وبصورة استثنائية، من صلاحية المحاكم القضائية التابعة للدولة، استناداً الى هذا البطلان الـــواضح.

فقـــرة ثانية–في التحكيم الـــدولي :

مع قـــرار "غوسسي" الصادر عام 1963، اعتمد الاجتهاد نظرية استقلاليـــة الشرط التحكيمي في مادة التحكيم الدولي. وقد جـــرى تأكيد هذا الوضع في عام 1972، بموجب قرار "هشت" (HECHT)[33]،

32 – يوجـــد في فرنسا بعض الاحصاءات التي تبيّن ان 30 الى 40 % من النزاعات المعروضة على قاضـــي الأمـــور المستعجلة، ليست مجالاً لأي مناقشة أو جدل في ما تعلق بما فيها من صفة العجلة، إلا في الحالات التي يكون فيها المدين سيء النيـــة.

33. Rev. crit. dr. int. pr. 1974-82- Note Level.

ولم يتطرق القانون الجديد الى هذا الموضوع، تاركاً اياه للاجتهـاد الثابت. وقد ورد في تقرير بهذا الخصوص، مقدّم من وزير العدل الى الـوزير الأول محدداً "أن الأحكام القانونية الجديدة لا تضع موضع الطعن، المبادئ التي هي الآن معتمدة من قبل اجتهاد محكمة التمييز في ما خص النظام القانوني للتحكيم الـدولي".

يقتضـي في الوقت نفسه تفهم "استقلالية الشرط التحكيمي وفق قانون التحكيم الفرنسي الدولي، على ضوء القرار الصادر عام 1975 في قضيـة (MENICUCCI)[34] والذي بموجبه طرح الاجتهاد مبدأ هاماً، وهو مبدأ استقلالية الشرط التحكيمي، كائناً ما كان القانـون المطبّق، مما اعطى هذه الاستقلالية حجماً أكبر وأهـم[35].

مـاذا تعني استقلالية الشرط التحكيمي، كائناً ما كان القانـون المطبّق؟

يعني ذلـك أن الاتفاقية التحكيمية قد أصبحت منيعة ضـد أي طعن بصحتها، سواء جاء ذلك من القانون الفرنسي أم من أي قانون أجنـبي.

34. Paris, 13 déc. 1975, Rev. Crit. 1976.507, note Oppetit

35. BELLET et MEZGER: Revue Critique de D.I.P. 1981- p. 611 ;
FOUCHARD : Journal de Droit International 1982, p. 374 ;
DELVOLVE : The International Contract Law and Finance Review, 1981, p. 42.

الأمر الذي لا يعني استقلالية الشرط التحكيمي فقط نسبة الى بقية شروط العقد، بل أيضاً بالنسبة الى القانون الفرنسي بمجمله، وبالنسبة لأي قانون عائد لأي بلد من البلـــدان.

3- القانـــون المطبّق على الشرط التحكيمـــي :

أي قانـــون يقتضي تطبيقه للفصل في صحة الشرط التحكيمي؟ وأهلية التعاقد لدى المتعاقدين وعيوب الرضا؟ وفي قابلية الـــتراع للتحكيم؟ ... الخ...

لا يطرح هذا الموضوع أي اشكال في موضوع التحكيم الداخلي. ذلك أن القانون المطبّق على العقد هو القانون الفرنسي، فهو القانون الذي يعتمد للفصل في صحة الشرط التحكيمي، وصحة التحكيـــم عمومـــاً.

وليس الأمـــر كذلك بالنسبة للتحكيم الدولي، حيث يميّز الفقـــه والاجتهاد ما بين قانون العقد وقانون التحكيم اللذين نجدهما مـــرة قانوناً واحداً ومرة قانونين مختلفين. وفي قرار (MENICUCCI) الصادر عـــام 1975، ذهبت محكمة استئناف باريس الى حد اعفاء الشرط التحكيمي من تطبيق اي قانون عليه، الى درجة انه أصبح بالامكان تعريف هذا الشرط بأنه "عقد دون قانون"، ولكن الفقه تحفظ بصدد هذا الاتجاه، ورأى "ان القوة الالزامية للعقد، لا يمكن تصورها خارج

قاعدة قانونية توجدها وتؤكدها"[36] "لأنه ليس بالامكان فصل القانون الذي يخضع له العقد، عن ذلك الذي تخضع له الاتفاقية التحكيمية"[37].

4- نتائج الشـــرط التحكيمـــي :

فقـــرة أولى-في التحكيم الداخلـــي

لقد فصل قانون التحكيم الداخلي هذه النقطة[38]، اذ عمد الى نزع صلاحية النظر في النزاعات، موضوع الاتفاقات التحكيمية من المحاكم القضائية التابعة للدولة، وذلك مع التحفظ لجهة الشروط التي سبق سردها وهي التاليـــة :

1. يقتضـــي ألا يكون الشرط التحكيمي الذي أنتج التحكيـــم، باطلاً بطلاناً واضحاً او بديهـــياً.

2. يقتضـــي أن يكون النزاع قد عرض على المحكمة التحكيمية.

3. يقتضي أن يكون أحد الفرقاء متشبثاً بالتحكيم، لأنه ليس على المحكمة أن تثير بصورة تلقائية هذا الموضوع الذي لا يمس النظام العام.

ولكن اذا كان البطلان "واضحاً"، و لم يكن النزاع قد عرض على التحكيم بعـــد، أو اذا لم يكن احد من الفرقاء قد أبدى رغبتـــه في اللجـــوء الى التحكيم، وذلك خلال النظر في النزاع لدى المحكمـــة القضائية التابعة للدولة، فـــان نتائج الشرط التحكيمي تزول، ويصبح

36. Goldman: J.C.P., 71 – 16927.

37. Level: Rev. Crit. D.I.P., 74- p. 82.

38 - المـــادة 1458 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

من حق المحاكم القضائية التابعة للدولة أن تستعيد صلاحياتها، وتنظر في النـــزاع.

فقـــرة ثانية–في التحكيم الـــدولي :

خلافـــاً لما هي عليه الحال في قانون التحكيم الداخلي، فان قانون التحكيم الدولي، لا يشتمـــل على أي نص بهذا الخصوص. ولكـــن الاتفاقات الدولية التي عقدتها فرنسا، تشكّل جزءاً لا يتجزأ من هذه القوانين، بل هي تطغى على القوانين الوطنيـــة.

ان اتفاقية نيويورك التي صادقت عليها فرنسا تنص على ما يلي[39]:

"على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كـــان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة – (اتفاق تحكيم او شرط تحكيم)–ان تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم الى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة ان هذا الاتفاق باطل أو لا أثر لـــه أو غير قابل للتطبيق".

وهكـــذا فان اتفاقية نيويورك تكون قد فصلت هذه النقطة، التي أهملهـــا قانون التحكيم الدولي الفرنسي، وهي قد جرّدت المحاكـــم القضائية التابعة للدول، من صلاحية النظر في النـــزاع في حال وجود اتفاقية تحكيميـــة.

39 – المـــادة 2، فقـــرة 3.

مع الملاحظة أن الشرط التحكيمي كان يفقد كل نتائجه في مادة التحكيم الداخلي، عندما يكون الشرط باطلاً "بطلاناً واضحـــاً".

وهـــا هو يفقد كل نتائجه في التحكيم الدولي، عندما "يفتقر الى الفاعلية"، الأمر الذي يمكن التعبير عنه بصيغة أخرى، بانه باطل بطلاناً "واضحـــاً".

5- الاتفـــاق التحكيمـــي :

انتقـــل الاتفاق التحكيمي في القانون الفرنسي الى المرتبة الثانية، بينمـــا كان يحتل المرتبة الأولى، بل كان وحده ذا مكانة في قانـــون المرافعات القديم، حيث كان الشرط التحكيمي غائبـــاً.

وقد جاء التشريع الجديد ليوجد واقعاً مستجداً في التجارة الداخلية والدولية، ومكرساً الشرط التحكيمي الذي تقدّم حالياً على الاتفـــاق التحكيمـــي، وليصبح المصدر الرئيسي للتحكيـــم.

وقد عرف قانون التحكيم الداخلي الاتفاق التحكيمي بأنه "اتفاقية، يعمد فرقاء في نزاع ناشئ، الى عرض هذا النزاع على تحكيم شخص أو عـــدة أشخاص"[40]، كما حدد هذا القانون الشروط التي بمقتضاها "يعتبر الاتفاق التحكيمي صحيحـــاً".

40 – المـــادة 1447 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

6- موضـــوع النـــزاع :

فقـــرة أولى- في التحكيم الداخلـــي :

فرض القانون الجديد، شأنه شأن القانون القديم، أن يكون موضوع النـــزاع محدداً، حتى يكون الاتفاق التحكيمي صحيحاً[41]، وينتج عن ذلك الأثران التاليـــان :

أ- ان الامتنـــاع عن تحديد موضوع النزاع يـــؤدي الى بطلان الاتفاق التحكيمـــي.

ب- يقتضـــي على المحاكم التحكيمية ان تتقيد بموضوع النزاع المحـــدد.

أ- تحديـــد موضوع النزاع في الاتفاق التحكيمـــي.

يتحدد موضوع النزاع في الاتفاق التحكيمي، عبر الموقف الـــذي يتخـــذه كل من الفرقاء. وينتج عن ذلك أن كل نقطة جديدة مضافة من قبل احد الفرقاء الى هذه الادعاءات الأساسية، تعتبر خارجة عن موضوع النزاع، ولا تخضع لصلاحية المحكمة التحكيميـــة.

ويقتضي ان يفهم ذلك على ضوء القاعدة القانونية التي بموجبها : "تكون الوقائع للفرقاء، والقانون للقاضـــي"[42].

41 - المـــادة 1448 من القانون نفســـه.

42. "Aux parties au litige les faits et au juge la loi". Juris-Classeur Procédure Civile, Fasc. 151, p. 13.

إن الوقائع التي يعرضها كل من الفرقاء في الاتفاق التحكيمي، هي التي تحدد موضوع النزاع والروابط والحدود المرسومة من خلال أقوال الفرقاء، ولا يمكـــن بالتالي تغيير هذه الوقائع، الا اذا تم التوافق بين الفرقاء على هذا التبديـــل.

ومن جهة ثانية، وللتمكن من تحديد الموضوع، يقتضي أن يكون النزاع قد نشأ قبل التوقيع على الاتفاق التحكيمـــي.

ويمكـــن أن يكون للفرقاء مصلحة في اعطاء معنى واسع لموضوع النـــزاع، حتى لا يشكّل هذا الموضوع نزاعاً بحد ذاتـــه.

ب- يقتضي على المحكمة التحكيمية أن تتقيد بموضوع النزاع كما هو محدد في الاتفاق التحكيمـــي.

ان النتيجة الثانية لذلك هي أنه يتوجب على المحكمة التحكيمية التوقف عند هذا الموضوع، أي الا تتجاوز حدود الوقائع التي يتكون منها موقف كل من الفرقاء، كما هو معبّر عنه في الاتفاق التحكيمي.

ويقتضي أن يكون هذا الشرط مفهوماً، على ضوء المبادئ العامة التي ترعى مسيرة الدعوة، والتي نذكر منها المبادئ التاليـــة[43] :

1- لا يتقيد القاضي بالوصف القانوني المعطى من الفرقاء لموضوع النزاع، وله الحق في تعديل هذا الـــوصف.

43. Juris-Classeur Procédure Civile, Fasc. 151, p. 6-7, n° 16 à 24.

2- يقتضي على القاضي أن يفصل في كل المطالب المقدمة مـــن سائر الفرقـــاء.

3- لا يمكن للقاضي أن يحكم بأكثر مما هو مطلوب من الفرقاء.

4- لا يمكـــن للقاضي ان يقر بأمور لم يطالب بهـــا.

5- لا يمكنـــه أن يمنح الا الأمور المطالب بهـــا.

ومن جهة أخرى، فإن قابلية النزاع للتحكيم تبقى مرتبطة بالنظام العام، وينبغي أن لا يكون موضوع النزاع من المواضيع التي لا يقبـــل النظام العام فيها التحكيم، أي أن لا يكون موضوعاً مختصاً بالمحاكـــم القضائيـــة.

وبالتالي، فإن كل اتفاق بين الفرقاء، باحالة نزاع للتحكيم وهو لا يقبل التحكيم يعتبر باطلاً وكأنه لم يكـــن.

فقـــرة ثانية–في التحكيم الدولي.

لم يضع قانون التحكيم الدولي أية عوائق أمام الفرقاء، الذين تبقى لهـــم حريتهم في وضع الاتفاق التحكيمي كمـــا يشاؤون، دون أن يتوجب عليهم اتباع قاعدة معيّنة في ما تعلق بتعيين المحكم أو موضوع النـــزاع.

ويكتفـــي هذا القانون بأن ينص على ما يلـــي :

يمكـــن للإتفاقية التحكيمية، "مباشرة أو بالعودة الى أحد الأنظمة التحكيمية، ان تعيّن المحكم أو المحكمين، أو ان تحدد كيفية تعيينهم[44]".

وهناك مسألة مطروحة في التحكيم الدولي، بصدد التوفيق ما بين موضوع النزاع، وقواعد النظام العام. وقد تطور الاجتهاد الفرنســي في ما خص مادة التحكيم الداخلي، وحلل كثيراً مما كان محرماً على التحكيـــم.

وهكـــذا، وبعد أن كان يرى أن الاتفاق التحكيمي يصبح باطلاً اذا كان موضوعه متعرضاً للنظام العام[45]، فقد عاد وقرر "ان بطلان الاتفـــاق التحكيمي، لا يتأتى عن ان النزاع يتعرض لمسائـــل ذات ارتبـــاط بالنظام العام، بل يعود ذلك فقط، الى ان النظام العام قـــد تم خرقـــه"[46].

وقد ذهب الاجتهاد في ما خص التحكيم الداخلي أبعد من ذلك، اذ كـــرّس النهج الذي يذهب الى ان خرق النظام العام، لا يبطـــل الاتفاق التحكيمي، الا اذا كان هذا "الخرق يجيء من موضوع النزاع المعروض على التحكيم، أي اذا كان هذا الموضوع هو السبب الأساسي

---

44 - المـــادة 1493 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

45. C.A. Paris, 9 février 1954 J.C.P. 55 – II – 8483, Note Motulsky, D. 54, p. 192.

46. C.A. Paris, 15 Juin 1956 – J.C.P. 56 – II – 9419 – Note Motulsky, D. 57, p. 587 – Note Robert.

المباشر والمؤثر، الذي جاء الخرق من خلاله"[47]. والقرارات التي تلامس النظـــام العام ملامسة بسيطة، لا تؤدي الى البطلان.

هـــذه هي الحدود التي وصل اليها الاجتهاد الفرنسي، في موقفـــه المتساهل بصدد التحكيم الداخلي. ولكن هذا الاجتهاد نفســـه، رأى في مجـــال آخر، ان هذا التساهل ليس على قدر كاف في مـــا خص التحكيم الدولي، لان القرارات التحكيمية الصادرة، يقتضي أن تأخذ سبيلها الى التنفيذ، الأمر الذي يمكن ان يقودها الى المجابهة مع نظـــام قضائي أو قانوني اذا كانت مخالفة للنظام الذي كان يرعى مجريـــات التحكيـــم، فاعتمـــد في التحكيم الدولي، نفس القواعد المطبقـــة علـــى التحكيم الداخلي، مضافاً اليها تلك الاشـــارة التي يحتويها قـــرار[48](IMPEX)، والذي بموجبه يكون للقاضي الذي يعهد اليـــه بالتنفيذ، سلطة الرقابة على موضوع النزاع المعروض على التحكيم، في الحالة التي تثار فيها مسألة خرق النظام العام. وهكـــذا، فقد فرّق الاجتهاد ما بين ثلاثة قوانين تطبق على التحكيم الدولي بصدد موضوع النظام العـــام :

47. C.A. Paris, 2 Nov. 1965 – J.C.P. 66 – 14625 (2ème esp) note Boulbes.

48. Cass. 1ère Civ. 18 Mai 1971, Revue de l'Arbitrage 1972, p. 1, note KAHN; D. 72.3
Alexandre ; Rev. Crit. D.I.P. 72. 124, note MEZGER ; Journal de Droit International 72.62, note Oppetit.

أ- قانون العقد الأساسي، الذي ليس بالضرورة هو نفس قانون الاتفاقية التحكيميـــة.

ب- قانون الاتفاقية التحكيمية، الذي يمكن أن يكون هو نفسه المطبق على التحكيم وعلى اجراءاته، كما يمكن الا يكـــون.

ج- قانون الإجراءات التنفيذية، الذي يمكن أن يكون هو نفســـه قانون العقد او الاتفاق التحكيمي، كما يمكن الا يكـــون.

7- تعيين المحكمين :

لقـــد اعتمد القانون الجديد بهذا الصدد، الشرط الذي وضعـــه القانون القديم في ما خص صحة الاتفاقات التحكيمية، التي يقتضي ان تتضمن اسم او اسماء المحكمين المعينين[49]، ولكنه كان أكثر تسامحـــاً بالنسبـــة للتحكيم حيث عمد الى تليين هذا الشرط، معتمداً القاعدة المطروحـــة من قبل الاجتهاد بصدد هذا الموضوع، وأضاف الى النص الذي كان قائماً، التعبير التالي : "أو تحديد كيفية تعيينهـــم"[50].

وهذه الاضافة كان سبق أن اعتمدت من الاجتهاد، الذي ذهب في مواجهة النص القديم الذي كان يعتبر باطلاً أي اتفاق تحكيمي، لا يتضمن تعييناً للحكام، ذهب الى اعتبار أن تحديد كيفية تعيين الحكام، هـــي معادلة للتعيين نفســـه.

49 - المـــادة 1006 من قانون المرافعات المدنية القديـــم.

50 - المـــادة 1448 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

وهكـــذا فان القانون الجديد، بإعتماده هذا التعريف الذي طرحه الاجتهاد، يظهر البصمات التي خلّفها التحكيم النظامي فيه، آخـــذاً بعين الاعتبار، وبمعزل عن الحالات النادرة نسبياً، والتي تحدد الاتفاقات التحكيمية كيفية تعيين الحكام، فان القاعدة هي الاحالة الى نظـــام تحكيمـــي يحدد طريقة تعيين المحكمين.

وفي ما خص التحكيم الدولي، فان صحة الاتفاقية التحكيميـــة، ليست مرتبطة بشرط تعيين المحكمين أو أن تكون كيفية تعيينهم محددة.

ويشير القانـــون في هذا الصدد[51]، الى أنه "بالامكـــان" أن تعين الاتفاقية المحكمين، أو أن تحدد كيفية تعيينهم الأمر الذي يعني أن هذا النص يعترف بمبدأ الحرية الكاملة للفرقاء، في صياغة اتفاقياتهم التحكيمية.

ويرى قانون التحكيم الداخلي ان الاتفاق التحكيمي يعتبر باطلاً، اذا رفض المحكم المعين القيام بمهمتـــه.

وهكذا يكون قد ابعد هذه الحالة عن بقية الحالات التي تتدخل فيها محاكم الدولة لانقاذ التحكيـــم.

ولكن البطلان لا يعني الالغاء في التحكيم الدولي، اذ يشير قانون التحكيم الدولي الى انه بإمكان الاتفاقية التحكيمية تعيين الحكام، أو الاشارة الى كيفية تعيينهم، فانه لم يحدد حالة بطلان الاتفاق التحكيمي،

51 – المـــادة 1493 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

تبعـــاً لرفض المحكم لمهمته. وقد ترك الباب مفتوحاً أمام كل تدخل قانوني، من قبل المحاكم القضائية التابعة للدولة، بهدف انقاذ التحكيم في الحالة التي يواجه فيها تشكيل المحكمة التحكيمية، مصاعب من هذا النـــوع[52].

لقد أعطى قانون التحكيم الداخلي الى الفرقاء امكانية اللجوء الى التحكيم، حتى ولو كان ذلك خلال سير المحاكمة، لدى أحد المراجع القضائية التابعة للدولـــة[53].

يستنتج من ذلك ان النزاع الخاضع الى محكمة قضائية حكوميـــة مهمـــا كانت درجتها، بالامكان اعادة توجيهه الى التحكيم وفي كل الأحوال، ما تم الفصل فيه من نزاع قائم ما بين الفرقاء، يبقى محتفظاً بقوة القضية المقضية، ولا يتابع التحكيم الا بالنسبة للأمور المتبقية، الا اذا عمد الفرقاء الى التراجع الاجماعي، عن قبولهم بالقرارت القضائية للتوجـــه الى محاكمة جديدة شاملة عن طريق التحكيم[54]، وهـــذه القاعدة التي يطرحها قانون التحكيم الداخلي، هي بالأحرى مطبقة في قانون التحكيم الـــدولي.

52 – المـــادة 1493 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

53 – المـــادة 1450 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

54 J. Robert: L'Arbitrage, p. 94.

8- كـــل نص مخالف لأحكام القانون يعتبر وكأنه لم يكـــن

يذهب قانون التحكيم الداخلي الى ان كل "أحكام أو اتفاقـــات مخالفة للقواعد المنصوص عنها، تعتبر وكأنها لم تكـــن"[55].

وهذا النص يعتبر أي اتفاقية تحكيمية بمثابة غير الموجودة، سواء أكـــانت شرطاً تحكيمياً ام اتفاقاً تحكيمياً، اذا كانت مخالفة لتلك القواعد. الا أن الاتفاق الأساســـي، يبقى ساري المفعول في بقيـــة شروطه. وتحفّظ الفقه الوحيد في هذا الاطار، هو الذي يتعلّق بالحالة التي يكون فيها الشرط التحكيمي بشكل واضح وظاهر، سبب أساسي مـــن أسباب التعاقـــد.

في هذه الحالة، يعتبر هذا العقد وكأنه لم يكن بكليته، وليس فقط في ما تعلق بالشرط التحكيمـــي[56]. وفي ميدان التحكيم الدولي، ليس مفروضاً على الفرقاء أن يتبعوا هذه القواعد، ولا يجبر الفرقاء علـــى التقيد الا بما يلـــي :

أ- بالنظـــام العام الدولي، الذي يشير اليه قانون التحكيم الدولي الجديـــد.

ب- بالقواعد التي ترعى التحكيم الدولي، وقد اعتبر الاجتهاد أن الامتناع عن التقيد بالقواعد الالزامية الناشئة عن القانون الداخلي، لا

55 - المـــادة 1459 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

56. J. Robert: La législation nouvelle sur l'arbitrage : 192 no. 4.

تقابله عقوبة في المجال الدولي. وقد ظهر هذا الاتجاه خاصة في قـــرار شهير عرف باسم قـــرار "BRUYNZELL".

ج- بالاتفاقات الدولية التي عقدتها فرنسا، والتي تشكل جزءاً من نظامها القانوني. وهذه الاتفاقيات، وخاصة اتفاقية نيويورك، قد حوّلت هـــذه القواعد الالزامية الى قواعد اضافية أو متممـــة[57].

9- الأهليـــة للتحكيـــم :

يقتضـــي التفريق في هذا الصدد ما بين أشخاص القانون الخاص وأشخـــاص القانون العام. واذا كانت الفئة الأولى لا تطـــرح أي مشكلـــة، فالأمر ليس كذلك بالنسبة لأشخاص القانون العـــام.

فقـــرة 1- أشخاص القانون الخاص في التحكيم الداخلـــي :

تنص المادة 2059 من القانون المدني الفرنسي، على أنه "كـــل شخص يمكنـــه اللجوء الى التحكيم بالنسبة للحقوق التي يملك حرية التصرف بهـــا".

ان هذا النص يفرض بالاضافة الى الأهلية العامة، الأهلية الخاصة والتي تتعلق بالتصرف وليس بالادارة.

وهكذا فان الأشخاص القاصرين، لا يمكنهم اللجوء الى التحكيم، وأمـــا الأشخاص القاصرون المأذونون فيمكنهم التحكيم في ما يتعلق

57 - العنوان 1 و2 و3 من اتفاقية نيويورك. اتفاقية التحكيم الدولي في القانون الفرنسي اعتباراً من مرسوم 12 ايار 1981- رينيه بوردان: قانون التحكيم الدولي وتطبيقه في فرنســـا، ص 35.
René Bourdin: Droit et pratique de l'arbitrage international en France p. 35.

بالأفعال المسموحة[58]. وهكذا أيضا، فان المدين الذي يكون في حالة تسوية قضائيـــة. يمكنه اللجوء الى التحكيم، ولكن بمعاونة وكـــيل التفليســـة[59] .

ولذلك يعتبر الاجتهاد ان لمدير أو لرئيس مجلس الادارة، أو للمدير العـــام لشركة تجارية، كل الصلاحيات للادارة والتصرف بأمـــوال الشركة وبالتالي، صلاحيات اللجوء الى التحكيـــم.

فقـــرة 2– أشخاص القانون الخاص في التحكيم الـــدولي :

ان أهليـــة الفرقاء من أشخاص القانون الخاص في اللجـــوء الى التحكيم، تتوقف على قانونهم الشخصي، أي القانون الوطني او قانون محل الاقامة. وكذلك فان أهليتهم للتعاقد في عقد تحكيم، تتوقف على القانون الذي يحدد قواعد التمثيل (تمثيل الموكل وعديم الأهلية والشركة، على سبيل المثال). وفي هذا الصدد ينبغي اعطاء المحكم صلاحية تطبيق القواعد التي "يراها ملائمة"[60]. كما يسمح له بذلك بالنسبة لاجراءات المحاكمة أو لفض النـــزاع[61].

58. Pratiquement, "le mineur émancipé ne pourra pas souscrire de convention d'arbitrage en matière commerciale sous réserve du compromis à caractère ponctuel » (J. Robert, l'Arbitrage », op.cit., p. 14)

59– تنص المادة 14 من قانون 1967/7/13 على "أن الحكم الذي يعلن التسوية القضائية يتضمن حكماً، ومن تاريخ صدوره، ضرورة معاونة وكيل التفليسة للمدين في جميع الأعمال المتعلقة بالادارة والتصرف بأمواله".

60– المـــادة 1496 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

61. Holleaux, Foyer et De Geouffre de la Pradelle : "Droit International Privé », éd. Masson 1987, p. 492.

فقـــرة 1- أشخاص القانون العام في القانون الداخلـــي :

تنص المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي، بعد تعديلها بموجب قانون 1972/7/5، أنه "لا يجوز التحكيم.. في الخلافات التي تتعلق بالهيئات العامة وبالمؤسسات العامـــة..."

وتنص الفقرة الثانية في المادة نفسها التي ادخلت بموجب قانـــون 1975/7/9، على أنه "يسمح للمؤسسات العامة الصناعية والتجارية باللجوء الى التحكيم بموجب مرســـوم".

وسنعرض لهـــذه القاعدة في التحكيم الداخلي ثم في التحكيم الـــدولي.

كـــرّست المادة 2060 من القانون المدني مبدأ عدم أهلية الهيئات والمؤسسات العامة في اللجوء الى التحكيم. وبالرغم من الاستثنـــاء المنصوص عليه في الفقرة الثانية المتعلق بالمؤسسات العامة الصناعيـــة والتجاريـــة، اذ لم يصدر أي مرسوم يجيز لهذه المؤسسات اللجـــوء الى التحكيـــم.

ان سبب هذا المنع يعود الى أن النظام العام مرتبط بأفعال السلطة العامـــة، وان المحاكم الادارية قد انيطت بصلاحية حصرية، للنظر في نزاعات الدولة والمقاطعات والبلديـــات.

فقـــرة 2 : أشخاص القانون العام في التحكيم الـــدولي.

إن الاجتهـــاد مستقر في ميدان التحكيم الدولي، على اعتبار المنع الـــذي تفرضه المادة 2060 من القانون المدني، لا يتعلق بالنظام العام الـــدولي.

وبمـــوجب القرار الصادر في 2 ايار 1966، في قضيـــة غالاكيس (GALAKIX)، اعتبرت الغرفة المدنية الأولى في محكمـــة التمييز، ان هـــذا المنع لا يطبّق على "عقـــد دولي وجد لحاجات، وفي شـــروط متوافقة، مع اعراف التجارة البحريـــة"[62].

ان الاصلاح الذي أدخل بموجب مرسوم 12 ايار 1981، لم يؤثر على هذه القواعد. وقد أكّد تقرير وزير العدل الى رئيس الوزراء، ان القواعد التي وضعتها محكمة التمييز لتسهيل اللجوء الى التحكيـــم الـــدولي، ليست موضع اعادة نظر، اذ "ان أحكام قانون التحكيم الدولي الجديدة، لا تتعلق الا بالاجراءات ولا تعيد النظر بتاتاً بالمبادئ التي وضعتها محكمة التمييز في ما يتعلق بالنظام القانوني للتحكيم الدولي. وهذا الأمر يتعلق خاصة بالاتفاقية التحكيمية الدولية، والتي قضي في ما يتعلق بها على أنه لا يمكن وضع عقبة في وجهها لأن..هذه الاتفاقية قد عقدت من قبل الدولة أو شخص معنوي من القانون العـــام...".

62. Civ. 1, 2 Mai 1966, Rev. Crit. Dr. int. Priv. 1967, 553 note Goldman ; Clunet 1966, 648 note Level ; D. 1966; 575 note Robert; Rev. Arb. 1966, 99; J.C.P. 1966 II. 15798 note Ligneau.

وكـــان من الصعب أن يعاد النظر في هذه القواعـــد لأن :

- اللجـــوء الى التحكيم قد اصبح عادياً، وقد أصبحت القاعدة في التجارة الدولية، التي تشارك فيها الدولة ومؤسساتها العامـــة، ان تتضمن العقود شرطاً تحكيميـــاً.

- الدولة قد تعهدت بموجب اتفاقية دولية، ان تحترم الالتزامات التي أخذتها على عاتقها في مادة التحكيم[63]. وهكذا فان المادة 2 من الاتفاقيـــة الأوروبية لعام 1961، قد وضعت مبدأ "أن الأشخـــاص المعنويين، الذين يصنفهم القانون الذي يطبّق عليهم كأشخاص معنويين من القانون العام، لهم الحق في عقد اتفاقيات تحكيمية". وهكذا أيضاً، فانه من الصعب التصور ان دولة انضمت الى اتفاقية واشنطن لتسوية الخلافـــات المتعلقة بالاستثمارات ما بين الدول ومواطني دول أخرى (ICSID) والتي لا قيمة لها، الا اذا أعطينا الأشخاص المعنويين مـــن القانـــون العام أهلية اللجوء الى التحكيم، هذه الدولة لا يمكنها أن تدعي انه، ووفقاً لقانونها الوطني، لا يمكنها اللجوء الى التحكيـــم[64].

مع ذلك، وبالرغـــم من انضمام فرنسا الى هذه الاتفاقية، والتفسير الواسع الذي أعطي لعبارة الاستثمار و"والتي يجب أن تشمل خاصة

63. René David : "L'Arbitrage dans le Commerce International", Economica, p. 248.

64. René David, op. cit., p. 251 et suiv.

عقـــود الامتياز، والتنمية الاقتصادية..."[65]. فان مجلس الشـــورى، عندمـــا طلب منه اعطاء رأيه في موضوع مشروع اورورديزنيلانـــد (Eurodisneyland)، اعتبر ان الاتفاقية المزمع عقدها تحتوي علـــى خصائص عقد اداري، وتفترض لتنفيذها ممارسة لصلاحيات السلطة العامـــة.

ويستنتج مجلس الشورى من ذلك، أن هذه الاتفاقية المزمع عقدها لا تشكل عقداً دولياً، وان انضمام فرنسا لاتفاقية الـــ ICSID، ليس له أية نتائج على منع اللجوء الذي يخضع له اشخاص القانون العـــام.

ان هذا الرأي[66] قد دفع بالحكومة الى اعتماد قانون يسمح باللجوء الى التحكيم. اذ ان قانون 19 آب 1986، والذي يتعلق "بأحكـــام مختلفة تتعلق بالهيئات المحلية"، يتضمن المادة 9 التي تنص على ما يلي :

مخالفـــة لأحكام المادة 2060 من القانون المدني يسمح للدولـــة، للهيئـــات المحلية، والمؤسسات العامة في العقود التي تبرمها، بالاشتراك مع شركات أجنبية، لتحقيق عمليات تتعلق بالمصلحة الوطنية وبالتوقيع علـــى شروط تحكيمية لتسوية النزاعات المتعلقة بتطبيق وتفسير هذه العقـــود".

---

65. De Boissesson : "Interrogations et doutes sur une volution législative : l'article 9 de la loi du 19 Août 1986 ». Rev. Arb. 1987, p. 3 et suiv.

66- يراجع نقد لهذا الرأي في (De Boissesson) (المرجع المذكور سابقاً) الذي يعتبر المادة 9 من قانـــون 1986/8/19 غير ضرورية ولكنها تبشر ربما بوصف قانوني جديد هو العقود الادارية والدولية التي يكـــون موضوعها عمليات تجارة دوليـــة.

ومع أن هـــذا النص يتعلق بمصلحة ظرفية، لأنه وضع للسماح بالتوقيع النهائي مـــن قبل الدولة الفرنسية، منطقة الايل دي فـــرانس (Ile-de-France) وهيئات عامة أخرى أو مؤسسات عامة، على عقد مع شركة والت ديزني برودكشيتر (Walt Disney Productions)، لأجل انشاء واستثمار مدينة ملاهي، فانه يتضمن أيضاً فائدة أخرى، هـــي تقديم استثناء للمادة 2060 من القانون المـــدني.

ثالثـــاً : في القانـــون الجديـــد

1- الشرط التحكيمي والاتفاق التحكيمي اللاحق للنـــزاع :

نص قانـــون التحكيم الداخلي الجزائري الجديد على أن "الشرط التحكيمـــي هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 اعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".[67]

أمـــا قانون التحكيم الدولي فقد نص على انه[68] "تسري اتفاقيـــة التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية. يجب من حيث الشكـــل وتحت طائلة البطلان، ان تبرم اتفاقية التحكيم كتابـــة أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الاثبات بالكتابـــة.

67 - المـــادة 1007 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

68 - المـــادة 1040 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، اذا استجابت للشروط التي يضعها أما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً...".

وبالتـــالي،

1- في التحكيم الدولي، فان الشرط التحكيمي صار صحيحـــاً، فقـــد وضع قانون التحكيم الداخلي قاعدة عامة وهي صحة الشرط التحكيمـــي الوارد في عقد، ولم يعد يفرق لا بين عقد تجـــاري ولا عقد مدني ولا عقد اداري، ولكن في العقد الاداري هناك شـــروط سنأتي اليهـــا.

2- في التحكيـــم الدولي، لم يعد من اللازم أن يحرر الاتفـــاق التحكيمـــي أمام المحكمين الذين يتم اختيارهم ولا عاد مشترطـــاً توقيع محضر باتفاق التحكيـــم.

3- في التحكيـــم الداخلي، اتفاق التحكيم يجب أن يكون كتابة وفي التحكيم الدولي بأي وسيلة اتصال أخـــرى.

4- اخضع القانون الجديد صحة الشرط التحكيمي أولاً لقانون التحكيم الذي اخضع الطرفان له تحكيمهم لأن التحكيم الدولي ليس خاضعاً للقانون الجزائري حتماً. فاذا كان التحكيم خاضعاً للقانـــون الجزائـــري فان صحة الشرط التحكيمي تقاس وفقاً للقانون الجزائري الجديد الذي أقر بصحة الشرط التحكيمي المتحرر من كل قيد والا فان

القانون الجديد أحال معالجة صحة الشرط التحكيمي لتحكيم يجري في الجزائر على قانون تحكيم آخر مثل القانون الفرنسي الذي لم يعد يختلف عن القانون الجزائري أو القانون البلجيكي اذا أحال الطرفـــان اليه تحكيمهما الذي يمكن ان يجري في الجزائر وفقاً لقانون تحكيـــم دولة غير الدولة الجزائريـــة.

اذاً، التعامل مع الشرط التحكيمي وقياس مدى صحته يتم اولاً وفقاً لقانون التحكيم الذي احال الطرفان نزاعهما اليه وبعد ذلك يأتي القانون الذي اختاره الطرفان لحسم النزاع لقياس الشرط التحكيمي لأنـــه يمكن ان يطبق على نزاع قانون التحكيم البلجيكي أو نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية ويكون القانون الجزائري أو القانـــون الألماني هو المطبق لحسم النـــزاع،

ولكـــن، اذا كنا امام تحكيم لم يحدد طرفاه لا القانون التحكيمي المطبق ولا القانون المطبق لحسم النزاع، وهذا يحصل احياناً، وكـــان القانـــون الجزائري مطبقاً لأن التحكيم يحصل في الجزائر مثلاً، فان قانـــون التحكيم الجزائري يحيل الى القوانين التي اختارها سلطـــان الارادة. والقانون الجزائري ازاء حالة كهذه، لم يعين فيها سلطـــان الارادة لا قانونـــاً للتحكيم يطبق ولا قانوناً لحسم النـــزاع، اذ ذاك يعـــرد للمحكمين ان يحددوا القانون المطبق لتحديد صحة الشرط التحكيمـــي.

5- يجب ان يتضمن شرط التحكيم، تحت طائلة الابطال، تعيين المحكـــم أو المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم وبالتالي فان تحديد كيفية التعيين تعتبر شرطاً لصحة شرط التحكيـــم.

2- الأهليـــــة :

نص القانون الجديد على عدة قواعد بالنسبة للأهليـــة :

1- نصت المـــادة 975 جديد على انه "لا يجوز للأشخـــاص المذكورة في المادة 800 أعلاه ان تجري تحكيماً الا في الحالات الواردة في الاتفاقـــات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العموميـــة".

ومـــن العودة الى المادة 800 فان الاشخاص المذكورة فيها هي :

أ- الدولـــــة

ب- الولايـــة

ج- البلديـــــة

د- احـــدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الاداريـــة.

2- ونصت المـــادة 1006 على أنـــه :

"يمكـــن لكل شخص اللجوء الى التحكيم في الحقوق التي لـــه مطلق التصرف فيهـــا.

لا يجـــوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام آو حالـــة الأشخاص وأهليتهـــم.

ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة ان تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية او في اطار الصفقات العموميـــة ".

فتكـــون الأهلية حسب القانون الجديد كما يلـــي :

1- لقد ابقى القانون شرط أهلية التصرف في الحقوق لابرام عقد التحكيـــم وليس مجرد أهلية التقاضي وادارة الحقوق فيكون المشرع الجزائري ما زال يعتبر التحكيم طريقاً استثنائياً للتقاضـــي.

والتركيـــز على الانفتاح انصب على التحكيم الـــدولي.

والـــذي ينظر الى النظام القضائي الفرنسي يلاحظ ان مـــوقف القضـــاء العدلي بالنسبة لأهلية أشخاص القانون العام هي مختلفـــة اختلافاً جذرياً في القضاء العدلي عنها في القضاء الاداري. ففي رأي لمجلس الدولة الفرنسي، أعطـــي في 1986/3/6، يظهر منه مقاومـــة عنيفة من القضاء الاداري لفتح أبواب التحكيم الدولي. واذا كـــان عقـــد اداري مثل عقد Eurodisneyland اجازه المشرع فانما هـــو الاستثناء الذي يثبت قاعدة اقفال باب التحكيم الدولي أمام أشخاص القانون العام. ولكن تطور الظروف الاقتصادية الدولية كان أقوى.. ومع الوقت فتحت ابواب التحكيم الدولي عريضة أمام أشخـــاص القانون العـــام، ولكن مصير الحكم التحكيمي النابع من عقد اداري، يكون فيه شخص من أشخاص القانون العام طرفاً، بقي متوقفاً على

مـــا اذا كان سيسلك طريق القضاء العدلي، السالك والآمن له، أم طـــريق القضاء الاداري الذي تتعالى فيه الحواجز والعقبـــات.

الا أن المحافظين وروح المحافظـــة التي يتسم بها القضاء الاداري في موضوع التحكيم لا يمكنها أن تصمد كثيراً، لاسيما وأن أبـــواب التحكيم الدولي فرضت وتفرض نفسها أكثر وتفتح أكثر فأكثر أبوابا عريضة أمام العقد الاداري الـــدولي.

2- صار بامكان الدولة والمؤسسات العامة والبلديات والولايات أن تبرم عقـــود تحكيم اذا كان موضوع العقـــد، ما يسميه المشرع الجزائري، الصفقات العمومية أي الأشغال العامـــة. وبالتالي أصبحت عقود الصفقات العمومية أي الأشغال العامة الداخلية قابلة للتحكيم الداخلي. أما خارج الصفقات العمومية فان شرط اجازة التحكيـــم لأشخاص القانون العام (الدولة، المؤسسات العامة، البلديات والولايات) هـــو أن تكون هذه العقود داخلة في اتفاقات دولية صادقت عليها الجزائر. ويوقع العقد الوزير والوزراء المعنيين اذا كانت الدولة طرفاً، واذا كـــانت البلدية أو الولاية هي الطرف فيوقعه الـــوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي. أما المؤسسات العمومية ذات الصبغة الادارية فيوقعه ممثلهـــا[69].

69- المـــادة 976 من القانون الجديـــد.

3- المؤسســـات العمومية (أو العامة) ذات الصبغة الادارية لها أهليـــة التحكيم في عقود الصفقات العمومية أي الأشغال العامة أما المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية فهي خاضعة لنظام التحكيم الالزامـــي.

4- كل ما يتعلق بالنظام العام غير قابل للتحكيم. والنظام العام الجزائري نطاقه يكبر ويصغر باختلاف الأزمان. والمحاكم القضائيـــة هي التي تحدد نطاقه وهو مرتبط بالمفاهيم الاجتماعية والاقتصاديـــة. ولا تقبـــل التحكيم المواضيع الآتية لأنها متعلقة بحالة الأشخـــاص وأهليتهـــم :

أ- الزامـــات نفقة الاعاشـــة

ب- الحقـــوق الارثيـــة

ج- منازعـــات السكن والمجلس

د- المنازعـــات المتعلقة بأهلية الأشخاص.

أمـــا في حقـــل التجارة الدولية، التي يسميها المشرع الجزائـــري العلاقـــات الاقتصادية الدولية، فان باب التحكيم الدولي مفتوح أمام المؤسسات العامة الجزائرية أو أشخاص القانون العام وهم أشخـــاص لهـــم أهلية عقد اتفاقات تحكيم في مجال التجارة الدولية أو العلاقات الاقتصادية الدوليـــة.

3- استقلاليـــة الشـــرط التحكيمـــي :

لم يتبن قانون التحكيم الداخلي نظرية استقلالية الشرط التحكيمي وبالتالي فان منازعة أحد الطرفين بصحة العقد تشل اختصاص المحكمين ويعود الاختصاص الى القضاء، فاذا قضى بصحة العقد عادت الحيـــاة الى الشرط التحكيمي والى التحكيم والا نظر القضاء بالنزاع التعاقدي.

أما في التحكيم الدولي فقد نصت المادة 1040 فقرتها الأخيرة انه "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحـــة العقد الأصلي". فيكون القانون الجديد قد سار على خطى القانـــون الســـابق و لم يتبن نظريـــة استقلالية الشرط التحكيمي في التحكيـــم الداخلـــي وتبناها في التحكيم الدولي بشكل واضح وصريح.

4- شكـــل الشـــرط التحكيمـــي :

نص قانون التحكيم الجديد للتحكيم الداخلي على انه "يثبت شرط التحكيم تحت البطلان بالكتابة في الاتفاقية الاصلية او في الوثيقة التي تستند اليها[70] وبالتالي فان الكتابة صارت لصحة الشرط التحكيمي وليس لاثباته. أما في التحكيم الدولي فقد اشترط "الكتابة أو بأية وسيلة اتصال اخرى تجيز الاثبات بالكتابة"[71] فتكون أي وسيلة اتصال من الفاكس الى البريد الالكتروني مقبولة في التحكيم الدولي.

70- المـــادة 1008 من القانون الجديـــد.

71- المـــادة 1040 من القانون الجديـــد.

المبحـــث الثانـــي

المحكمـــــون

أولاً : في القانـــون الداخلـــي :

1- تسميـــة المحكـــم

في التحكيم الداخلي، لم يشترط القانون السابق أي شرط وترك الحرية التامة لسلطان الارادة فاذا تخلف طرف عن تسمية محكمه سماه القضاء بقرار رجائـــي.

نص[72] قانون التحكيم الدولي السابق على "انه يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع الى نظام تحكيمي تعيين المحكمين او تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم". فيكون قد شرّع الاحالة الى نظام مركز تحكيمي يعين المحكمين كما ان بامكان الأطراف أن يعينوا محكميهـــم. وفي حال غياب مثل هذا التعيين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم او استبدالهم يراجع القضاء. فاذا كان مكان التحكيم في الجزائر كان بـــه... اما اذا كان التحكيم في الخارج ويطبق قانون الاجراءات الجزائري و لم تتشكل المحكمة التحكيمية أيضا فانه يجب مراجعـــة القضاء "ويستجيب القاضي المختص لطلب التعيين بموجب أمـــر يصدره بناء على مجرد عريضة الا اذا بينت دراسة موجزة عدم

72 - المـــادة 458 مكـــرر 2 الفقرة الاولى من القانون الســـابق.

وجود اية اتفاقية تحكم بين الأطراف"[73] وقضى قانون التحكيم الدولي بأنه اذا دعي القاضي لتعيين محكم في هذه الحالة فيجب أن يعينه مـــن جنسية مخالفة لجنسية الأطـــراف[74].

2- في عـــدد المحكمين

لم ينص قانون التحكيم الداخلي السابق على أي قيـــد وبالتالي فالأمـــر متروك لسلطان الارادة.

لم يـــأت قانون التحكيم الدولي السابق على ذكر عدد المحكمين وتراً أو شفعاً ونص فقط على ان يمكن ان يكون هناك محكم واحـــد أو عـــدة محكمين[75].

3- المحكـــم شخص طبيعي أم معنـــوي :

لم يتطرق قانون التحكيم الداخلي في القانون السابق الى شخصية المحكم طبيعياً كان أو معنوياً وبالتالي فالموضوع متروك لسلطان الارادة وان كـــانت احالة التحكيم الداخلي لشخص معنوي غير معروفة في الجزائـــر.

ومـــن باب أولي ترك قانون التحكيم الدولي الموضوع و لم يتطرق اليه تاركاً الامر لسلطـــان الارادة.

73- المـــادة 458 مكرر 4 الفقرة الأولـــى.

74- المـــادة 458 مكرر 4 الفقرة الثانيـــة.

75- المـــادة 458 مكرر 2 من القانون السابق.

4- قبـــول المحكـــم لمهمتـــه :

لم يتطرق القانون السابق، لا الداخلي ولا الدولي، الى قبول المحكم ولم يعر الموضوع اهتماماً مع أن قبول المحكم أو رفضه تترتب عنهما نتائج خطيرة على مصير التحكيـــم.

5- رد المحكـــم أو عزلـــه :

في القانون السابق لا يتم عزل المحكم خلال ميعاد التحكيم الا في حالتين :

أ- بتراضـــي الأطراف واجماعهـــم[76].

ب- لأسبـــاب طرأت بعد ابرام اتفاق التحكيـــم[77].

أمـــا الرد فلم يأت القانون السابق على ذكـــره.

أمـــا في التحكيم الدولي فلا يمكن عزل المحكم من الطرف الذي عينه الا اذا لم يكن عالماً باسباب عزله وأهمها ان المحكم غير مستقل أو اذا اكتشف الطرف طالب العزل ان للمحكم علاقات اقتصاديـــة مع خصمـــه أو اذا لم يكن يتمتع بالمؤهلات المهنية المطلوبة لتعيينـــه.

أمـــا رد المحكم في التحكيم الدولي فأسبابـــه[78] :

76 - المـــادة 445 اجراءات مدنية – جزائري سابقـــاً.

77 - المـــادة 448 اجراءات مدنية – جزائري سابقـــاً.

78 - المـــادة 458 مكرر 5 اجراءات مدنية-جزائري سابقـــاً.

أ- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف، وهنا يحيـــل لسلطان الارادة.

ب- عندمـــا يكون أحد أسباب الرد المنصوص عليها في نظام التحكيم الذي اعتمده الاطراف قائماً، وهنا يحيل الى نظام تحكيمـــي مطبق على التحكيم الـــدولي.

ج- عندمـــا تسمح الظروف بالارتياب المشروع في استقلاليـــة المحكـــم لاسيما بسبب وجود علاقات اقتصادية أو علاقات مصالح مباشرة أو بواسطة شخص آخر مع طرف من الأطراف. مثـــال ذلك أن يكون المحكم مستشاراً لأحد الطرفين قبل تعيينه محكمـــاً.

ويقدّم الطلب الى المحكمة المختصة ولا يكون قرار المحكمة قابلاً لأي طريق من طرق الطعـــن.

ثانيـــاً: في القانـــون الفرنســـي :

1- المحكـــم شخص طبيعـــي :

كـــان تحديد شخصية المحكم غائباً عن الذكر في النص السابق، لقانون التحكيم الداخلي، بينما أقر الاجتهاد التحكيم الذي يعهد به الى شخصيات معنوية[79]، الا أن القانون الجديد قد فصل جذرياً هذه المسألـــة، ناصاً على أن مهمة المحكم لا يمكن ان يعهـــد بها الا الى شخص طبيعي، حائز على أهلية تخوله ممارسة كافة حقوقه المدنيـــة.

79. Rep. 12 Fé. 1906 – D. 1907 – I - 245 – Paris 4 Déc. 1935 – Gaz. Pal. France p. 35.

واذا عيّنت الإتفاقية التحكيمية شخصاً معنوياً، فإن هذا الأخير لا يتمتع الا بصلاحية تنظيم اجراءات التحكيم[80] (ولا حق له بالتالي الفصل في النزاع)، وهكذا فان الاتفاقية التحكيمية التي تعيّن شخصاً معنوياً كمحكم، لا تعتبر وكأنها لم تكن، ولكن آثارها تبقى محدودة في نطاق تنظيم اجراءات التحكيـــم.

وفي نطـــاق التحكيم الدولي، فان الحرية التي كانت مكرســـة في السابق في الاجتهاد، لم يتطرق اليها القانون الجديـــد، الذي لم يشر حتى اليها، بين جملة القواعد النادرة التي طرحهـــا.

ويمكن للفرقاء بالتالي في مادة التحكيم الدولي، العهدة بالنزاع الى شخص معنوي للفصل في النـــزاع، وهي صلاحيات أوسع بكثير من تلك المعطـــاة للحكم في قضايا التحكيم الداخلي، الأمر الذي يؤكد علـــى الاختلاف القائم بهذا الصدد، بين كل من التحكيم الداخلي والتحكيم الـــدولي.

2- الافراديـــة في عدد المحكمين :

لقد أعطى قانون التحكيم الجديد أولوية لصفة فض النزاعات على صفة المصالحة، فارضاً أن يكون عدد المحكمين وتراً[81]، حتى ولو كـــان الأمر متعلقاً بتحكيم بالصلح، وان الافرادية في عدد المحكمين، هي وسيلة

80- المـــادة 1451 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

81- المـــادة 1453 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

للتأكيـــد بأن المحكمين يمارسون سلطة قضائية، مثلهم مثل القضـــاة التابعين للدولة، والذين يسري عليهم مبدأ افرادية هيئة المحكمـــة[82].

ينتج عن ذلك ان كل اتفاقية تحكيمية تحدد عدداً مزدوجاً مـــن المحكمين، تعتبر وكأنها لم تكن، وذلك خلافاً لما كان عليه الأمـــر في القانون الســـابق[83]، الذي كان ينص على ان التحكيم يمكن ان يباشر بـــه بحكمين، على ان يعيّن لاحقاً حكم مرجّح، اذا تعذّر اتخاذ قرار مجمع عليه من المحكمين الأصيلين، الأمر الذي يظهر أن القانون القديم، كان يتجه الى تغليب صفة التحكيم بالصلح على التحكيم في القانون، بمعنى أن اللجـــوء الى التحكيم يباشر به أولا بجهود للمصالحة، مع احتمال ان ينتهي في حال فشل المصالحة الى قرار يحسم النـــزاع.

وفي ما تعلق بالتحكيم الدولي، فان الطرق التي يقتضي اتباعها في هذا المجال، هي خالية من أي حاجز أو عائق، حيث يسمح فيه بأمور عديدة غير مسموح بها في ميدان التحكيم الداخلي. وهكذا فان أيـــة اتفاقيـــة تحكيمية دولية لا تحترم قاعدة وترية عدد المحكمين، لا يتم اعتبارهـــا وكأنها لم تكن، بل ترتب آثارها القانونية وتتشكل محكمة تحكيمية من حكمين لا يستطيعان الوصول الى أكثر من تسويـــة.

82.CORNU: Colloque du 25 Sep. 1980 sur la réforme de droit de l'arbitrage, Revue de l'arbitrage 1980, no 4 p. 627.

83- المادتيـــن 1017 و 1018 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

3- قبـــول المحكـــم لمهمتـــه :

ينص القانون الجديد على أن تشكيل المحكمة التحكيمية لا يكتمل، الا اذا أعلن المحكم أو المحكمين عن قبولهم للمهمة المعهودة اليهم[84].

ويصبح المحكم في هذه الحالة فريقاً في الاتفاقية التحكيمية، كمـــا يصبح مرتبطاً تجاه الفرقاء بروابط تعاقدية، الأمر الذي يدفع الى طرح مسألة مسؤولية المحكم التعاقدية الناتجة عن تنفيذه لواجباته التعاقدية.

وتندمج هذه الواجبات في واجب واحد، وهو موجب "النتيجة" المتمثل في الزامية فصل النـــزاع، وليس فقط بذل الجهود للوصول الى هذه الغايـــة.

ويقتضي تحقيق غاية اصدار القرار الفاصل في النزاع، خلال المهلة المحددة تعاقدياً، وذلك تحت طائلة تحميله مسؤولية التأخر أو التخلف.

وكذلك، فان أي حكم في قضية ما، يفترض ان يعلم ما اذا كانت هنـــاك أسباب بالطلب رده أو عزله ويقتضي أن يبلغ الفرقاء بذلك، وفي هذه الحالة، لا يصبح بامكانه قبول المهمة، الا اذا اجازه في ذلك جميع الفرقاء[85]. وهذا الشرط، الذي يضع المحكم في ما تعلق بعلاقته مع سائر الفرقاء في موقع القاضي يعرض القرار التحكيمي الى الابطال في حال مخالفتـــه.

84- المـــادة 1452 فقـــرة 1 من قانون المرفعات المدنية الفرنســـي.

85- المـــادة 1452 فقـــرة 2 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

4- عـــزل المحكـــم :

لا يمكـــن عزل المحكم الا استناداً الى موافقة اجماعية من قبل سائر الفرقاء[86]. وهـــو بذلك لا يكون مجرد ممثل عن الفريق الذي عينـــه، سواء كان ذلك في التحكيم بموجب القانون أم في التحكيم بالصلح. وتفسر هذه القاعدة بان تعيين المحكم، هو تعبير عن ارادة الفرقـــاء المشتركـــة، وبالتالي فانه لا يمكن الا لهذه الارادة المشتكرة أن تضع حداً لمهمتـــه.

5- تمنع المحكم عن مباشرة المهمـــة :

بمجرد قبول المحكم للمهمة الموكلة اليه، يتوجب عليه متابعتها حتى النهاية[87]، ويصبح ملزماً تعاقدياً بوجوب اصدار قراره التحكيمي، تحت طائلـــة تحميله مسؤولية التمنع.

ان الامتناع عن اصدار القرار التحكيمي، يشكل اذن خرقاً للموجب التعاقدي الذي التزم به والمتمثل بالتحديد، بموجب فصل النـــزاع. والأمر هنا هو موجب تحقيق "نتيجة"، يقتضي تنفيذه خلال مهلة محددة، وليس بالتالي، موجب بذل عنايـــة.

86- المـــادة 1460 فقرة 2 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

87- المـــادة 1462، الفقرة الاولى من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

وينص قانون التحكيم[88]، على انه ليس بامكان المحكم التمنع عن مهمته واصدار قراره، الا لسبب من أسباب الرد، يكون قد عرف أو طـــرأ بعد التعيين، والا الحق بالمحكم ذنب التمنع عن احقاق الحق.

6- ردّ المحكـــم :

في مادة التحكيم الداخلي، يمكن طلب ردّ المحكم للأسباب نفسها التي يمكن بموجبها طلب ردّ القضاة، الا انه يقتضي ان يكون علـــى علم بهذه الأسباب، او ان تكون قد طرأت بعد حصول التعيين، لان على المحكم، تحت طائلة المسؤولية، ان يبلغ الفرقاء بأي سبب للرد، وان قبول المحكم للمهمة، يشكل اذن اقراراً واضحاً بأن مثل هـــذه الأسباب غير موجودة، والا لكان عليه ان يعلم الفرقاء بالأمر الذي كـــان سيمنع تعيينه، الا اذا قبل الفرقاء المذكورون خلاف ذلك.

ومـــن المفترض بالنتيجة، ان سبب الرد يجب ان يطرأ بعد قبول المحكم لمهمته. فاذا تبيّن ان هذا السبب كان قائماً قبل هذا القبـــول، وان المحكم لم يعمد الى ابلاغ الفرقاء بوجود، فان رده يكون علـــى مسؤوليتـــه.

وتقتضـــي الاشارة هنا الى ان المشترع قد اكتفى بطرح قاعدة رد المحكم، دون أن يعيّن المواد المتعلقة بها في قانون المرافعات المدنيـــة

88- المـــادة 1463 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

الجديـــد، بينما عندما طرح مبدأ وجاهية المحاكمة[89]، وقاعدة انقطاع المحاكمة[90]، فانه قد عمد الى تحديد مواد هذا القانون المتعلقة بهـــا. وينتج عن ذلك ان القاعدتين المذكورتين اعلاه تطبقان وفقاً للتعريف وبالخصائص التي يعطيها لهما المشترع الفرنسي، بينما قاعدة الـــرد تطبق وفقاً لمبادئ عامة مستقاة من قاعدة رد القضـــاة[91].

أمـــا أهم أسباب طلب رد المحكمين وفقاً للمبادئ المحددة أعـــلاه فهي التاليـــة :

أ- اذا كان للحكم او لزوجه مصلحة شخصية في النزاع القائم.

ب- اذا كان المحكم او زوجه دائناً أو مديناً أو وريثاً أو طرفاً في هبة لأحد الفرقـــاء.

ج- اذا كـــان المحكم أو زوجه قريباً أو نسيباً لأحد الفرقاء أو زوجه، وذلك حتى الدرجة الرابعـــة.

د- اذا كانت قد اقيمت دعوى، أو كانت هناك دعوى ناشئة ما بين المحكم أو زوجه، وبين احد الفرقاء أو زوجـــه.

---

89 - يـــرد الى المواد 13 الى 20 من قانون المرافعات المدنية الجديـــد.

90 - يشير قانون التحكيم في هذه الحالة الى تطبيق احكام المادتين 369 و 376 من قانون المرافعات المدنيـــة الجديد.

91- يعالج قانون المرافعات المدنية الجديد موضوع عزل المحكم في الفصل الثاني، (المـــواد 341 و 355).

هـــ - اذا كـــان قد سبق للمحكم ان عيّن في القضية المطروحة، قاضيـــاً أو محكماً، أو كان قد أعطى استشارة لأحد الفرقـــاء.

و- اذا كان المحكم او زوجه مكلفاً بادارة اموال أحد الفرقـــاء.

ز- اذا كانت هناك اية علاقة تبعية ما بين المحكم او زوجه، وبين احد الفرقاء أو زوجـــه.

ح- اذا كانت هناك علاقة صداقة او عداء ما بين المحكم واحد الفرقـــاء.

ثالثـــاً: في القانـــون الجديـــد :

1- تسميـــة المحكـــم :

نص قانون التحكيم الداخلي الجديد على انه "... يجب أن يتضمن شرط التحكيـــم، تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفيات تعيينهـــم"[92].

وبالتالي فـــان سلطان الارادة يعين المحكمين أو يحيل الى نظـــام تحكيمـــي أو الى مركز تحكيمي يفضي الى تعيين المحكمين.

واذا اعترضت صعوبة في تشكيل المحكمة التحكيمية يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها ابـــرام العقد أو محل تنفيـــذه[93].

92- المـــادة 1008 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

93- المـــادة 1009 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

قانـــون التحكيم الدولي يترك لسلطان الارادة تعيين المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم واستبدالهـــم[94].

فـــاذا لم يعين شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم المحكمين و كـــان التحكيم في الجزائر يراجع الطرف الذي يهمه التعجيـــل :

أ- رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيـــم.

ب- وأيضـــا اذا كان التحكيم جارياً خارج الجزائر[95] واختـــار القانون الجزائري فيراجع المحكمة القضائية التي تقع في دائرة اختصاصها مكـــان ابرام العقد أو مكان تنفيذه الا اذا اتفق الأطراف على جهة قضائية أخـــرى[96].

والملاحظ ان تغييراً أساسياً طرأ على قانون التحكيم الجزائـــري الـــدولي الجديد بالمقارنة مع القانون السابق الذي كان يلزم القاضي عند مراجعته بتعيين محكم في التحكيم الدولي ان يعينه من غير جنسية الطرفين ويبدو ان هذا القيد لم يعد وارداً وأصبح بامكان القاضـــي الجزائـــري عند مراجعته لتعيين المحكم الثالث الذي لم يتفق الطرفان عليـــه أن يسمي محكماً من جنسية احد الطرفين.

94- المـــادة 1041 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

95- المـــادة 1041 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

96- المـــادة 1042 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

2- في عـــدد المحكمين الوتـــر :

نص قانون التحكيم الداخلي الجزائري الجديد على أن تتشكـــل محكمة التحكيم من محكم او عدة محكمين بعدد فـــرد"[97].

فيكون المشرع الجزائري قد اختار العدد الوتر للتحكيم ترجيحاً للطبيعة القضائية للتحكيم وبغية الوصول الى حسم للنـــزاع.

أمـــا قانون التحكيم الدولي فقد ترك الأمر لسلطان الارادة و لم يضع أي قيد على عدد المحكمين.

3- المحكـــم شخص طبيعي أم معنـــوي :

في التحكيم الداخلي اعتمد القانون الجديد القاعدة التي وضعها القانون الفرنسي ونص على أنه : "اذا عينت اتفاقية التحكيم شخصاً معنويـــاً، تولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفـــة محكم[98]. ولكنه اختلف عن القانون الفرنسي، الذي يقضي بأن الشخص المعنوي يتولى تنظيم التحكيم، من حيث تعيين المحكمين و تحديد اجراءات المحاكمة التحكيمية الخ.. أما القانون الجزائري فهو يقضي بأن الشخص المعنوي ينحصر دوره بتسمية محكم أو محكمين من أعضائه. فـــاذا أحـــال شرط تحكيمي حسم النزاع الى نقابة المحامين أو الى غرفـــة

97- المـــادة 1017 من القانون الجزائري الجديد والاجراءات المدنية والاداريـــة.

98- المـــادة 1014 فقرة ثانية من القانون الجزائري الجديـــد.

التجارة فانه في فرنسا، تنظم نقابة المحامين التحكيم وتسمي محكمين ليسوا بالضرورة من المحامين وتضع اجراءات المحاكمة التحكيمية وكذلك غرفة التجارة. أمـــا في الجزائر فان نقابة المحامين تسمي محكمين مـــن المحامين من أعضائها وغرفة التجارة تسمي تجاراً من أعضائها محكمين وينتهـــي دور نقابة المحامين وغرفة التجارة هنـــا.

أما في قانون التحكيم الدولي فان الموضوع متروك لسلطان الارادة وبالتالي اذا أحال شرط تحكيمي النزاع الى شخص معنوي فان هـــذا الشخص المعنـــوي هو الذي يجب أن ينظر بالنزاع ويصدر الحكـــم التحكيمـــي.

4- قبـــول المحكـــم لمهمتـــه :

تطـــرق القانون الجديد الى قبول المحكم فنص على أنه "لا يعـــد تشكيل محكمة التحكيم صحيحاً الا اذا قبل المحكم أو المحكمـــون بالمهمة المسندة اليهم[99] وبالتالي فان قبول المحكم اصبح من القواعد الامرة التي ترتبط بها صحة تشكيل المحكمة التحكيميـــة.

وتطـــرق القانون الداخلي للتحكيم الى الموضوع أيضاً من زاوية رفض المحكـــم اذ قضى بأنه "اذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمـــة

99- المـــادة 1015 من القانون الجديـــد.

المسندة اليه، يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة"[100]. فيكون موضوع قبول المحكم من اهم القواعد الآمرة التي نص عليهـــا القانون الجديـــد.

ويترتب عـــن ذلك انه يجب ان تفرض المهمة على المحكم المعين، ســـواء أكان محكماً معيناً من طرف أو محكماً ثالثاً معينياً من الطرفين أو مـــن القضاء أو من مركز تحكيمي أو من سلطة تسميـــة، أما أن يقبلها أو يرفضها. فاذا قبلها صح تشكيل محكمة التحكيم والتـــزم المحكـــم تعاقدياً بمهمة اصدار حكم تحكيمي ضمن شروط ونظام التحكيم الذي يرعى التحكيم النابع من الشرط التحكيمي الذي حدد كيفية تعيين المحكمين وأجاز للأطراف تسمية محكميهـــم. اذا رفض فليس الذي عينه هو الذي يعين البديل عنه- الا اذا كان القضاء هو الذي عينه- بل الذي يعيين البديل هو القضـــاء.

أمـــا في التحكيم الدولي فان القانون لم يتطرق للموضوع وتركه برمته لسلطان الارادة.

5- رد المحكـــم أو عزلـــه :

في التحكيم الداخلي، لا يجوز عزل المحكمين خلال مدة التحكيم الا باتفاق جميع الأطـــراف[101].

100- المـــادة 1012 الفقرة الثالثة من القانون الجديـــد.

101- المـــادة 1018 الفقرة الثالثة من القانون الجديـــد.

وأضاف المشرع الجزائري الى ذلك قاعدة في الرد وهي "اذا علم المحكم انه قابل للرد يخبر الأطراف بذلك ولا يجوز له القيام بالمهمة الا بعد موافقتهـــم"[102].

وهذه القاعدة واردة في القانون السابق ولكن بنص آخر. فما هي أسبـــاب الرد في القانون الجديـــد؟

هـــي نفس اسباب الرد في القانون السابق وهـــي :

1- عندمـــا لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطـــراف.

2- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطـــراف.

3- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة او عن طريق وسيط.

لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه، أو شارك في تعيينه، الا لسبب علم به بعد التعيين.

وهـــي نفس أسباب الرد في قانون التحكيم الدولي السابق، وقد أخذ القانون الجديد من القانون القديم بمبدأ وجوب ابلاغ المحكمـــة التحكيمية والطرف الآخر بسبب الـــرد[103].

102- المـــادة 1015 الفقرة الثانية من القانون الجديـــد.

103- المـــادة 1016 الفقرة قبل الاخيرة من القانون الجديـــد.

مـــن هو المرجع الذي يبت بطلب الـــرد؟

اعتمد القانون الجديد نفس القاعدة التي اعتمدها القانون السابق وهي : "في حالة النزاع، واذا لم يتضمن نظام التحكيم كيفية تسويته أو لم يسع الأطراف لتسوية اجراءات الرد، يفصل القاضـــي في ذلك بأمـــر بناء على طلب من يهمه التعجيل. وهذا الأمر غير قابـــل لأي طعن"[104]. والذي يلفت النظر في القانون السابق، كما في القانـــون الحالي، أن أسباب الرد ليست من النظام العام وبالتالي يمكن تسويتها" وبالتالي فاذا ظهر سبب للرد فيمكن للطرفين ان يتفاوضا عليـــه وان يتوافقا على القبول بـــه.

المبحـــث الثـــالث

اجـــراءات المحاكمـــة التحكيميـــة

طرح التحكيم بصورة مستمرة، سؤالين وردت عليهما جملة من الأجوبة، وغالباً ما كانت تجيء هذه الأجوبة من قبل المشترع، وأحيانا من قبل الاجتهاد. وبموجب هذه الاجوبة، راح التحكيم يتخذ لنفسه شكلاً وتوجهاً وخصائص مختلفة. السؤالان المذكوران هما التاليـــان :

- هـــل التحكيم عقد ام مؤسسة قضائيـــة؟

104- المـــادة 1016 الفقرة الاخيرة من القانون الجديـــد.

- هـــل جرى تصوره بهدف فصل النزاعات؟ أو مصالحة الفرقاء؟ أو الأمرين معـــاً؟

ان الأجوبة التي صاغتها الاراء الفقهية الاسلامية على مدى تاريخ التحكيم، قد جاءت مختلفة ومتنوعة. وقد جاءت بعد ذلك الأجوبـــة التي قدّمها الاجتهاد في وقت كان هناك فيه افتقار الى النص القانوني. وقد جاءت تلك الأجوبة، هي أيضاً على تعدد وتنوع. وأخيراً، فقـــد جاء دور المشترع في اعطاء الأجوبة التي كانت تتنوع وفقاً للبلد الذي صـــدرت فيه. ففي الجزائر أعطى القانون الجديد للتحكيم الداخلـــي أجوبة قاطعـــة :

أ- التحكيـــم هو مؤسسة قضائية والمحكم هو قـــاض.

ب- استبعد التحكيم بالصلح واعتمد التحكيم بالقانون وحـــده وأكد الصيغة القضائية التي تغلب عليـــه.

أولاً- في القانـــون السابق :

سلطـــان الارادة هو الذي يرسم اجراءات المحاكمة التحكيمية الداخلية دون أي قيد أو شرط. واذا غاب التعبير عن سلطان الارادة في العقد التحكيمي اذ ذاك يلزم القانون السابق للتحكيم الداخلي بتطبيق الأصول المطبقة أمام المحاكم القضائيـــة[105].

105- المـــادة 644 فقرة 1 من قانون الاجراءات المدنية الجزائري السابق.

والوجاهية تعتبر هي القاعدة الأساسية التي وان لم ينص عليهـــا القانون في فصل التحكيم الا انه ترك لها مكاناً ومكانة في الأصـــول القضائيـــة بحيث صارت قاعدة أساسية في الدعوى، اي دعوى سواء أكانت قضائية أم تحكيميـــة.

و لم يضع القانون السابق قيوداً على سلطان الارادة في اجـــراءات المحاكمـــة التحكيمية الداخلية ســـوى اثنين :

أ- يجب ان يقدم الخصوم دفاعهم ومستنداتهم قبل 15 يوماً على الأقل من انتهاء مهلة التحكيم سواء أكانت تعاقدية أم قانونيـــة[106].

ب- يجب أن يدون المحكمون وقائع سير المحاكمة التحكيميـــة والتحقيقات على محضر يوقع منهم[107] في التحكيم الدولي أيضاً سلطان الارادة هو الذي يرسم اجراءات التحكيم دون أي قيد ولا شرط، ويمكن للأطراف الاحالة الى نظام تحكيمي أو الى قانون اجراءات[108].

والفـــرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي هو عند غياب سلطان الارادة. ففي التحكيم الداخلي تطبق الأصول القضائية عنـــد غياب سلطان الارادة أما في التحكيم الدولي فيتولى المحكمون تحديـــد الاجـــراءات بالاستناد الى قانون أو نظام تحكيمـــي.

106- المـــادة 449 فقرة 1 من قانون الاجراءات المدنية الجزائري الســـابق.

107- المـــادة 446 فقرة 2 من قانون الاجراءات الســـابق.

108- المـــادة 458 مكرر 6 فقرة اخيرة، من المرسوم الجزائـــري.

ثانيـــاً- في القانـــون الفرنســـي :

فقـــرة أولى : في التحكيم الداخلي الفرنســـي

1- مبـــدأ حريـــة المحكمين :

قلب القانـــون الجديد القاعدة التي كانت متبعة بموجب القانون الســـابق بهذا الصدد، والتي كانت تنص على تطبيق أحكام قانـــون المرافعات المدنية على التحكيم، الا اذا كان الفرقاء قد اتفقوا علـــى خلاف ذلك. وفي القانون الجديد، بات بمقدور المحكمين تنظيم الأصول التحكيمية، دون أن يكون عليهم أتباع القواعد المعتمدة من قبـــل المحاكـــم، الا اذا كان الفرقاء قد اتفقوا في الاتفاقية التحكيمية على خلاف ذلك[109].

ولكـــن هناك ملاحظتين تندرجان في هذا الصـــدد :

أ- اذا أحـــال الفريقان نزاعهما الى مركز دائم للتحكيم، يقتضي على حكامه أن يتقيدوا بأنظمته، فيفقدون بذلك حرية تحديد قواعد الاجراءات التحكيمية بأنفسهم.

ب- ان القواعد المحددة في قانون المرافعات المدنية الجديد، هي قواعـــد احتياطية ومكملة بالنسبة للمحكمين الذين يمكنهم بواسطتها الاستحصال على شيء من الضمانة، بما تؤمنه للقرارات التحكيميـــة مـــن صلابة، بحيث تصبح اكثر قابلية وسهولة للتطبيق.

109- المـــادة 1460، الفقرة الاولى من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

2- تطبيق المبادئ الاساسية للدعـــوى :

ان المبـــادئ الأساسية للدعوى[110] تبقى الزامية في الدعـــوى التحكيمية، وبصورة خاصـــة :

أ- احترام حقوق الدفاع ومبدأ الوجاهية. ونحن هنا بصدد المبدأ الذي يضمن لكل فريق امكانية العلم بكل ما هو ضروري لنجـــاح دعـــواه أو دفاعه. وهو يفرض ان يكون كل مستند أو رأي أو حجة أو اثبات تقدّم من أي من الفرقاء قد جرى اطلاع الفريق الآخر عليه واتيحت له حرية مناقشته خلال الجلسات. وهذا المبدأ يطبّق بصورة الزامية على اجراءات المحاكمة، ولا يمكن للفرقاء الاستغناء عن هـــذه الأصول بارادتهـــم.

ب- ان عبء الاثبـــات يقع على عاتق الجهة المدعيـــة.

ج- السلطة المعترف بها للقاضي بدعوة الفرقاء تقديم شروحاتهم وأقوالهـــم حول الوقائع وحول القوانين، والأمر بالقيام بأية تحقيقات، وعلى الفرقاء أن يقدّموا لتأمينها كل مساهمة وعـــون.

3- قواعـــد مطروحـــة قانونـــاً :

هناك قواعد اخرى مطروحة، بصدد اجراءات التحكيم، وذلك في قانون المرافعات المدنية الجديـــد[111].

110- المـــادة 1460، الفقرة 2، من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

111- المـــواد 1460 الى 1468 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

أ- اذا امســـك احد الفرقاء بعنصر من عناصر الاثبات، يمكـــن للمحكم ان يطلب منه تسليمه[112]. ولكن، وبعكس ما هي عليه الحال بالنسبة للقاضي[113]، فانه ليس للمحكم، سلطة تغريم الفريق الـــذي يمسك عن تسليم وسيلة اثبات بحوزته. علماً بأن الامتناع عن التسليم يشكـــل عنصراً سلبياً يأخذه المحكم بعين الاهتمام، خلال مرحلـــة تشكيل قناعاته التي على أساسها يصدر قراره التحكيمـــي.

ب- يستمع الى الأشخاص الثالثين دون تحليفهـــم اليمين[114].

ذلك ان القاعدة المتبعة، انه ليس لأحد ان يستمع الى شاهد بعد تحليفـــه اليمين، الا اذا كانت له سلطة ملاحقته بجرم الادلاء بشهادة كاذبة، الامر غير المتوفر بالنسبة للمحكم.

ج- لا يمكـــن عزل المحكم الا باتفاق الفرقاء الاجماعـــي[115].

د- يمكن طلب رد المحكم-وكذلك القاضي-ولكن لسبب لا بد أن يكـــون ناشئاً بعد حصول تعيين المحكـــم[116].

112- المـــادة 1460، الفقـــرة 3.

113- المـــادة 11، الفقـــرة 2.

114- المـــادة 1461.

115- المـــادة 1462.

116- المـــادة 1463.

هـ- ان انقطاع مجريات المحاكمة التحكيمية، ترعاه نفس أحكام انقطاع الدعوى والمحاكمة القضائيـــة[117].

و- يعـــود للمحكم أن يفصل في صلاحياته ومهمتـــه[118].

ز- يمكـــن للمحكم أن يتحقق من صحة الخطوط والتواقيع، وما اذا كانت مزوّرة، وذلك وفقاً لأحكام قانون المرافعات المدنية الفرنسي، الا اذا كـــان هناك اتفاق ينص على خلاف ذلك.

هذه المبادئ الأساسية للدعوى القضائية المطبقة في التحكيم، سواء كان بالصلح أم بالقانون، تؤكد ان المشترع الفرنسي قد جعل الصفة القضائيـــة تطغى على الصفة التعاقدية للتحكيم، كما جعله لحســـم المنازعات وليس للتوفيق والمصالحـــات.

4- المهـــــل :

اذا كانت الاتفاقية التحكيمية لا تحدد مهلة، فان قانون التحكيم الداخلـــي الفرنسي يعتبر أن مهلة التحكيم هي ستة اشهر اعتباراً مـــن يوم قبول آخر المحكمين المعيّنين لمهمته. ويمكن تمديد المهلة القانونية أو الاتفاقية، أمـــا باتفاق الفرقاء، أو بطلب مقدّم من أحدهـــم أو من

117- المـــادة 1465 من القانون الفرنســـي.

118- المـــادة 1466 من القانون الفرنســـي.

المحكمـــة التحكيمية الى رئيس المحكمة العليا، أو الى رئيس محكمـــة التجـــارة[119].

وليس للمحكمة التحكيمية صلاحية التمديد، الا اذا كان الفرقاء قـــد فوّضوا المحكمين بذلك بصورة واضحة، ويقتضي أن يكـــون التفويض بالتمديد محـــدداً وواضحاً، اذ أن مهمة المحكمين لا تتضمن بحـــد ذاتها صلاحية التمديـــد[120].

أ- المهلـــة القانونيـــة،

حـــدد القانون الفرنسي المهلة القانونية بستة اشهر، بينما كانت هذه المهلة وفقاً للقانون القديم[121]، ثلاثة أشهـــر.

ومـــن جهة أخرى، فان بداية المهلة، لا تعتبر انطلاقاً مـــن تاريخ التوقيع على الاتفاقية التحكيمية، كما كان الشأن في القانون القديم، بل هي تبدأ اعتباراً من تاريخ قبول المحكم الأخير لمهمته. وسبب هذا التعديـــل، يتمثل في أن الشرط التحكيمي قد أصبح حجر الرحـــى للتحكيم، بينما تراجع الاتفاق التحكيمي الى المرتبة الثانية، ولأنه ليس بالامكان انطلاق المهلة، اعتباراً من تاريخ توقيع الشرط التحكيمي،

119- المـــادة 1456 من قانون المرافعات الفرنســـي.

120 -Delvolvé الصفحة 618 ، الرأي المعاكس لجان روبير الذي يذهب الى ان هذه الصلاحية لا تعود الى الحكـــم الذي لا يكون وكيلاً عن الفرقاء. (J. Robert, Op.Cit. p. 120).

121- المـــادة 1007 من قانون المرافعات المدنية قبل تعديلـــه.

لأن أي نـــزاع لا يكون قد نشأ في ذلك الوقت. من هنا تجيء أهمية تاريخ قبول المحكمين لمهامهـــم.

ب- ان مهلة الستة اشهر المحددة قانوناً، لا تكون معتمدة الا في غياب اتفاق للفرقاء بهذا الصدد. والقاعدة الأساسية في الواقع هـــي قاعـــدة سلطان ارادة الفرقاء الذين يستطيعون، اتفاقاً، تحديد مهلـــة طويلة أو قصيرة وفقاً لمشيئتهـــم.

ج- تمديـــد المهلـــــة.

كما سبق واشرنا، يحق للفرقاء تمديد المهلة، وذلك عائد لصلاحية قاضي الأمور المستعجلة، في حال اغفال الفرقاء أو خلافهم حول تحديد هذه المهلة. ويتم ذلك بناء على طلب أحد الفرقاء، أو بناء على طلب المحكمة التحكيميـــة[122].

وفي ذلك، تميّز قانون التحكيم الداخلي على القانون السابق. فقد نص هذا القانون[123] في الواقع على "ان الاتفاق التحكيمي يكـــون صحيحاً حتى ولو لم يعمد الى تحديد مهلة. وفي هذه الحالة، يقتضي أن تنتهـــي المهلة التحكيمية في مهلة أقصاها ثلاثة أشهر، اعتباراً من تاريخ حصول الاتفاق التحكيمي"، كما وان الطريق الذي يقود الى

122- المـــادة 1456، الفقرة 2، من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

123- المـــادة 1007 من قانون المرافعات المدنية القديـــم.

محاكم الدولة، بهدف تمديد المهلة، كان مقفلاً في وجه الفرقاء في النـــزاع، و لم يكن أمام هؤلاء الا طريق الاتفاق المتبادل، الذي كـــان بامكانه دون أي طريق آخر، التوصل الى تمديد المهلـــة.

وبتعبير آخر، وأمام اهمال المحكم أو تجاوزه للمهلة المحددة، فـــان الفريق الذي لديه رغبة في الخروج من التحكيم، يجد نفسه في وضع مريح، لأنه يصبح بامكانـــه عرض النزاع على القضاء الصالح، ولا يتوجب عليه القيام بأية مبادرة، لأن التحكيم يعتبر منتهيـــاً، وليس بالامكان اعادة احيائـــه.

لقـــد فتح القانون الجديد الطريق أمام تدخل المحاكم القضائيـــة لتمديد المهل، قاطعاً الطريق أمام الفريق الذي أصبح مناوئاً للتحكيم.

وقد كان القانون القديم اكثر ملاءمة للفريق الذي كان يرغب في التملص من التحكيـــم، لأنه بانهاء المهلة دون امكانية تمديدهـــا الا بالاتفاق، وعلى أساس أن تستعاد الاجراءات من بدايتها، فان التحكيم يعتبر منتهياً. وكان المحكم ملماً تماماً بخطورة هذا الوضع، لدرجة انه في حـــال التأخير، لم يكن بامكانه التحرك والوصول الى أي حل الا باتفاق الفرقاء، وهذا الاتفاق كان جد صعب بل بمثابة المستحيـــل.

وقـــد كان الرابح الأساسي بموجب هذا النص، هو الفريق الذي كـــان يدرك بأن التحكيم لن يكون في صالحه، والذي كان يبـــذل

أقصى جهد، لتطويل الاجراءات حتى تنقضي المهلة، وحتى يكون هناك الـــزام بمعاودة الاجراءات كلها، منذ البداية. وبهذا الصـــدد، عالج كـــل من القانون السويسري[124] والقانون الانكليزي[125] هذه الحالة بطريقـــة مماثلـــة.

فالقانـــون الانكليزي لا يحدد مهلة قانونية، ويعطي للمحكمـــة، صلاحية تمديد المهلة التعاقدية. وهو يعطي ايضاً للقاضي حق عـــزل المحكـــم بناء على طلب الجهة المهتمة بذلك، وذلك في حالة كـــون المحكم المذكور، مسؤولاً عن بطء الاجراءات التحكيمية. ويعتبر القانون الألماني انه يمكن عزل المحكم الذي يؤخر اجراءات التحكيم بطريقـــة معقولـــة[126].

وأعطى القانون البلجيكي[127] لكل فريق، الحق باللجوء الى المحكمة حتى تعمـــد الى تحديد "آخر مهلة اضافية" للتحكيـــم.

وهنـــا يطرح سؤال عما اذا كان هذا الطريق الذي فتحه المشترع الفرنسي وبعض المشترعين الأوروبيين، هو من الخاصية المطلقة للمحاكم القضائية؟ أم أن مراكز التحكيم التي اختارها الفرقاء لتنظيم تحكيمهم،

124- يراجع قانون التحكيم السويسري الصادر عام 1969، المادتـــان 16 و17.

125- يـــراجع قانون التحكيم الداخلي الانكليزي الصادر عام 1950، فصـــل 13- (1).

126- المـــادة 1033 من القانون المدني الألمـــاني.

127- المـــادة 1698 من قانون التنظيم القضائي البلجيكـــي.

قادرة على أن تقوم بدور ما في هذا النطاق، وتمديد المهلة كما هـــو شأن المحاكم القضائيـــة؟

وقـــد أعطى الرأي الفقهي عدة اجوبة على هذا الســـؤال :

فبموجب الجواب الأول[128]، فان قانون التحكيم الفرنســـي[129] لا يمنع الغير، الـــذي عهد اليه الفرقاء بمهمة تنظيم التحكيم، والذيـــن يعتبرون بالتالي خاضعين لأنظمته، لا يمنعه من تمديد المهلة لأن هذا الغير يأخذ قراره بموجب الارادة المشتركة التي أوكلته. انما في حال تمنع هذا الغير عن تمديد المهلة، يبقى للفرقاء امكانية مراجعة المحاكم القضائية.

وبمـــوجب الجواب الثاني، حدد المشترع بصورة حصرية السلطة التي يعود اليها الفصل في هذا الموضوع، واذا كان قد اغفل ذكـــر مراكز التحكيم في هذا المجـــال، بعد ان سبق له الاعتراف بها، فذلك يعني انـــه لم يشأ أن تكون لهذه المراكز سلطة تمديد المهلـــة.

فهل الحق المذكور اعلاه هو محدد في الوقت ام مطلق. وبعبارة اخرى، هل يكون لانقضاء المهلة القانونية ام التعاقدية، نتيجة تفضي الى انهاء الدعوى التحكيمية أم الى ايقافهـــا؟

128. Jean Robert: Colloque du 25 Septembre 1980 sur la Réforme de l'Arbitrage - Revue de l'Arbitrage, no. 4, 1980, p. 634.

129 - المـــادة 1456 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

ان انقضـــاء المهلة يضع نهاية للدعوى التحكيميـــة[130]. وليس للمحاكم القضائية اذن، صلاحية احياء الدعوى التحكيمية التي حلت نهايتها. وهي لا تتمتع بهذه الصلاحية الا في المرحلة التي تكون فيهـــا الدعـــوى التحكيمية لم تنته بعد، حتى لو كان قرار تمديد هذه المهلة قد صدر بعد تاريخ انتهائهـــا[131].

وتطبق هذه القاعدة أيضاً، على الفرقاء. وفي الواقع، اذا لم يكـــن للشرط التحكيمي، امكانية تمديد مهلة الدعوى التي توقف النظر فيها، فان للفرقاء في المقابل، حرية تمديد المهلة التعاقدية أو القانونية. ولكنـــه يقتضي عليهم أن يعمدوا الى ذلك خلال اجراءات الدعوى[132]، لأن النظر في هذه الدعوى لا يعتبر موقوفاً فحسب، بل ان الدعوى تعتبر منتهية بانقضاء مهلة النظر بها، ويكون من الضروري في هذه الحالة، اعادة النظر في الدعوى منذ بدايتها، اذا كان الفرقاء قد قرروا العودة الى التحكيم. وهكذا فان للفرقاء الحرية في تمديد المهلة التعاقدية أو القانونية، ولكن ليس بوسعهم ممارسة هذا الحق، بعد انتهاء المهلة، بل فقط قبـــل ذلك.

130- المـــادة 1464 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي.

131- نـــدوة منظمة في باريس في 25 سبتمبر 1980 حول اصلاح قانون التحكيم، مجلة التحكيـــم 1980، رقـــم 4، ص 633-634.

132- نفس المـــرجع.

5- المذاكـــرة :

عدّل القانون الفرنسي القاعدة التي طرحها القانون القديم في هذا المجال[133]، والذي كان يفرض ختم الجلسات قبل أسبوعين من انتهاء مدة التحكيم، أي في الوقت الذي تنتهي فيه المهلة المحددة لممارسة حق الدفاع وتقديم المستنـــدات.

وهـــذا الموضوع[134] متروك في القانون الفرنسي لتقدير المحكمين، الذيـــن لا يرتبطون بـــأي تاريخ، وهم أحرار بتحديد تاريخ ختـــم جلسات المحاكمة، على ضوء ظروف الدعوى التحكيمية واجراءاتها. الا أنهم يبقون بالطبع مرتبطين بمهلة التحكيم. ولا يعود بالامكان بعد ختم المحاكمة وجلساتها، تقديم بيّنات جديدة أو وسائل دفاع جديدة.

6- قاضـــي العجلة متمم للمحكمة التحكيميـــة :

لقـــد جعل قانون التحكيم الداخلي الفرنسي من رئيس محكمـــة التجارة، والذي يصدر قراراته بالصفة المستعجلة[135]، مؤازراً للمحكمة التحكيمية، وذلك بموجب نصوص واضحة تخوّله تقديم حلول سريعة تمكّـــن من وضع ارادة الفرقاء موضع التنفيذ وتعزيز موقع المحكمـــة

133- المـــادة 1016 من قانون المرافعات المدنية القـــديم.

134- المـــادة 1468 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

135- المـــادة 1457 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

التحكيمية حينما تتعرض اجراءات التحكيم للخلل[136]. وعليـــه فان قاضي الامور المستعجلة يتدخل لتحقيق ما يلـــي :

أ- ازالة المصاعب التي يتعرض لها تشكيل المحكمة التحكيمية[137].

ب- تعيين المحكـــم الثالث في حال اخفاق الفرقاء في التوصل الى تعيينـــه[138].

ج- تمديـــد المهلة المحددة لاتمام التحكيـــم[139].

د- حـــل المصاعب الناتجة عن تمنع المحكم عن ممارسته مهامه أو عـــن رده[140].

وليس هنـــاك ما يمنع الفرقاء من ان يعهدوا الى أحد المراكـــز التحكيميـــة، بمهمة تذليل هذه المصاعب. ويصبح التحكيم بالتالي، انطلاقاً من هذا المنحى، تحكيماً نظامياً خاضعاً لنظام يحدد الجهة التي تتولى ازالة هذه المصاعب، ولا يمكن للمحكم التدخل في هذا الشأن لأن ذلك خارج عن صلاحياتـــه. ولكن هذه الحالات التي تتطلب تدخل القاضي، ليست مذكورة على شكل حصري، ذلك أن روح

136. Jean Delvolvé : L'intervention du juge-Colloque du 25 Septembre 1980 sur la Réforme du Droit de l'Arbitrage, Rev. de l'Arbitrage 1980, p. 617.

137- المـــادة 1444 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

138- المـــادة 1454 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

139- المـــادة 1456 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

140- المـــادة 1463 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

النص تشير الى أن المشترع أراد ان يكون قاضي الأمور المستعجلة صالحاً لتذليل كافة المصاعب، التي تواجه اجراءات التحكيم، دون ان يكون له حق المساس بالأساس. وينظر هذا القاضي في ما هو مطروح عليـــه وفقاً لاجراءات المحاكمة المستعجلة، دون أن تكون قراراتـــه خاضعة لأية طريقة من طرق المراجعة، الا في الحالة التي يعتبر فيها ان الاتفاقيـــة التحكيمية هي باطلة بصورة واضحة، وهي غير كافيـــة للتمكن من التوصل الى تعيين محكـــم. وفي هذه الحالة تصبح محكمة الاستئناف صالحة للنظر في هذا الامر، متبعة في ذلك مبدأ وجاهيـــة المحاكمة. ومن جهة أخرى يتدخل قاضي الدولة بعد انتهاء الاجراءات التحكيميـــة، وذلك في حالتين :

أ- لتفسير القرار التحكيمي، وتصحيح أخطائه المادية، وذلك في الحالة التي يصبح فيها مستحيلاً جمع المحكمة التحكيمية مجدداً[141]، وفي النص القانوني يفتح الباب بصورة أكيدة أمام تدخل القاضي، ولكن، وخلافاً لما ذهب اليه الاجتهاد السابق، يبقى المحكم هو المحرك الأساسي، ولا يكون القاضي في هذا الاطار الا مؤازراً. وفي الواقع، فان صلاحية تفسير القرارات التحكيمية وتصحيح أخطائها تعود للمحكم، ولا تنتقل هذه الصلاحيات الى القاضي، الا في حالة استحالة ممارستها من

141- المـــادة 1475 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

قبل المحكم لأي سبب من الأسباب. وقد ذهب الاجتهاد السابق الى نزع صلاحية التفسير والتصحيح المذكورة عن المحكم. أما الآن، فقد عادت تلك الصلاحية اليه مجدداً، وهي لا تنتقل الى القاضي الا في الحالة التي يستحيل على المحكم ممارستهـــا.

وبتعبير آخر، فان القاعدة الاساسية ترتكز على ان صلاحية تفسير القرارات التحكيمية، وتصحيح اخطائها المادية تعود الى المحكم، باستثناء الحالات المحددة التي تعهد بها هذه الصلاحية الى القاضـــي.

أ- لكـــي يعطي للقرار التحكيمي صيغة التنفيـــذ.

فقـــرة ثانية : في التحكيم الدولي الفرنســـي.

"يمكن لاتفاقية التحكيم، مباشرة أو بالعودة الى نظام تحكيمي، تنظيم الاجراءات التي يقتضي اتباعها في المحاكمة التحكيمية، كمـــا يمكنها اخضاع هذه المحاكمة الى قانون اجرائي معيّن. وفي حال اغفال الاتفاقية التحكيمية لهذا الأمـــر، يعمد المحكم الى تنظيم الأصـــول الاجرائية بالقدر الذي يحتاج فيه الى ذلك، سواء مباشرة أو بالعودة الى قانون ما، أو الى نظام تحكيمي ما[142]. ان الاصلاح الذي طـــاول قانون التحكيم الدولي الفرنسي عام 1981، يؤكد على حرية الفرقاء والمحكمين، على صعيد اجراءات المحاكمة التي يقتضي اعتمادهـــا.

142- المـــادة 1494 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

ويمكـــن هنا ابداء ملاحظات عـــدة :

1. هـــذه الحرية في تحديد قواعد الاجراءات تعود الى الفرقاء، وبصـــورة استطرادية تعود للمحكمين.

2. هـــذه الحرية تعني غياب أية شكليات قانونية، واستقلاليـــة الاجـــراءات التحكيمية، عن اي نظام قضائي تابع للدولة، وبصورة خاصة القانون المتعلق باجراءات المحاكمة في البلد الذي يجري فيـــه التحكيـــم.

3. ان الحد الوحيد من هذه الحرية يتمثل في احترام مبدأ وجاهية المحاكمـــة.

4. ان قواعـــد اجراءات المحاكمة، يمكن ان يحددها الفرقاء أو المحكمين مباشرة، أو بالعودة الى نظام تحكيمي معيّن، أو بالعـــودة الى قانون مرافعات معيّـــن.

5. ان اختيـــار الفرقاء لقانون المرافعـــات الفرنسي، وفيه نظـــام التحكيـــم الفرنسي، يمكن أن يؤدي الى بعض الانعكاســـات.

1- حريـــة الفرقاء والمحكم في تحديد قواعد اجراءات المحاكمـــة :

يتـــرك قانون المرافعات المدنية الجديد للفرقاء، أو في حال تخلفهم للمحكمين، حريـــة تحديد اجراءات المحاكمة التي يقتضي تطبيقها[143].

143- المـــادة 1494 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

وفي الحالـــة التي تكون فيها هذه الاجراءات خاضعة الى القانـــون الفرنســـي، فان القواعد المطبقة امام المحاكم الفرنسية لا تطبّق، الا في حـــال غياب الاتفاقات الخاصة حول هذا الموضـــوع[144].

أ. حريـــة الفرقـــاء :

لهـــؤلاء الامكانية بتنظيم اجراءاتهم، ولكن الشروع بالتحكيم لا ينهي حقهـــم باكمال اتفاقيتهم التحكيمية، التي يحق لهم العمـــل بمقتضاها، حتى الجلسة التي تسبق اصدار القرار التحكيمـــي.

ب. حريـــة المحكمين :

لا يتمتع المحكمين بحريـــة وضع اجراءات المحاكمة الا بصـــورة استطراديـــة، وفي حال اغفال الاتفاقية التحكيمية تحديد ذلك أم عدم اتفاقهم لاحقاً علـــى ذلك.

2- غيـــاب الشكليـــات القانونيـــة :

ان الاستغنـــاء عن الشكليات القانونية، يجعل استغلال الوسائـــل التسويفية أمراً صعبـــاً[145]، ولكن غياب الشكليات القانونية جميعاً، لا يعني غياباً كاملاً للشكل، وذلك للتمكن من ممارسة وسائل المراجعـــة بصدد التحكيم فيهـــا[146].

144- المـــادة 1495 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

145. Level : La Procedure Arbitrale : Droit et pratique de l'arbitrage international en France. Février 1984, p. 53.

146- نفس المـــرجع، صفحـــة 45.

وتغييب الشكليات القانونية يعني انسلاخ الاجراءات التحكيمية الدولية، عن مختلف الانظمة القانونية التابعة للدول، وخاصة قانـــون المرافعات في البلد الذي يجري فيه التحكيم. وهذا ما وضحه الاجتهاد الفرنســي في قرار GOTAVERKEN[147] الــذي أصدرته محكمــة استئنـــاف باريس، واذا ردت الاستئناف ضـــد قرار تحكيمي دولي، بصـــدد تحكيم حاصل في فرنسا، وفي أسبابه الموجبة ذكر المحكـــم "ان القرار بصدد النزاع قد صدر وفقاً لاجراءات محاكمة، لا ترتبط اطلاقـــاً بالنظام القانوني الفرنسي، وان الفرقاء هم من الأجانب، وان العقد قد نظّم في الخارج، ويقتضي بالتالي ان ينفّذ في الخارج، وبالتالي لا يمكن اعتباره فرنســياً".

وفي وجـــود شرط تحكيمي يحيل الى نظام غرفة التجارة الدولية مثلاً، فـــان المكان الذي يجري فيه التحكيم، والذي اختير بالنظر الى حياده بالنسبة لفرقاء النزاع، ليس بحد ذاته معبراً تعبيراً خاصـــاً، ولا يمكن ان تترتب عليه نتائج قانونية مثل ان يطبق عليه قانون اجراءات المحاكمة المطبق في هذا البلد وأمام محاكم هذا البلـــد.

147. Arrêt GOTAVERKEN, Paris, 1ère Chambre, 21 Février 1980, Clunet 1980- 669-note Fouchard ; Rev. Arb. 1980, p. 533, note J. Ch. Jeantet ; J.C.P. 1981. II. 19512 note LEVEL ; D. 1980.568, note ROBERT.

وفي ذلك يذهب القانون الفرنسي الى ابعد مما ذهبت اليه اتفاقيـــة نيويـــورك، التي ذكرت انه في حال لم يختر الفرقاء قانوناً من قوانين المرافعات المدنية، وعندما لا تحترم اجراءات المحاكمة المتبعة، بمـــوجب قانون البلد الذي حصل فيه التحكيم، فان امكانية الامتناع عن اعطاء الصيغـــة التنفيذية للقرار التحكيمي تصبح واردة.

ففـــي اتفاقية نيويورك، الافضلية تعطى الى القانون الذي اختاره الفرقـــاء. الا انه في الحالة التي لا يعبّر فيها عن ذلك في الاتفاقيـــة التحكيمية، فان قانون المرافعات الذي يقتضي اتباعه في هذه الحالة. هـــو قانون البلد الذي يحصل فيه التحكيم. بينما لا يربط قانـــون التحكيم الفرنسي، التحكيم الدولي، الا بالقواعد التي تحددها ارادة الفرقـــاء، وحتى في غياب مثل هذه الارادة، فان القانون الفرنسي لا يربط التحكيـــم الدولي بالقواعد القانونية للمكان الذي يجري فيـــه التحكيـــم. واذا كانت اتفاقية نيويورك قد ملأت الفراغ الذي يتركه الفرقـــاء، بموجب قانون مكان التحكيم، فان القانون الفرنسي، ملأ بدوره هذا الفراغ، بارادة المحكم التي تأتي في الدرجة الثانية، بعد ارادة الفرقاء، دون ان تكون على ارتباط ما بقوانين بلد التحكيـــم ولا بالقانـــون المطبق على المحاكمات في البلد الذي يجري فيه التحكيم. وبالنتيجة فان حرية المحكمين، هي حرية كاملة لا تحد حدودهـــا، الا

قاعـــدة احترام المبادئ القانونية العامة المشتركة ما بين كافة البلدان، وبصورة خاصة مبدأ وجاهية المحاكمـــة.

3- احتـــرام مبدأ وجاهية المحاكمـــة :

يشير القانون الفرنسي الى امكانية المراجعة لدى الجهة القضائيـــة التي تعطـــي للقرار التحكيمي الدولي صيغته التنفيذية، وذلك عندمـــا يمس أو لا يحترم مبدأ وجاهية المحاكمـــة[148].

كمـــا انه أشار الى امكانية الغاء القرار التحكيمي نفسه، اذا كان صـــادراً في فرنسا ومس أو لم يحترم هذا المبـــدأ[149].

4- طبيعـــة ومضمون القواعد القانونيـــة :

يترك قانون التحكيم الدولي الفرنسي للفرقاء، واستطراداً للمحكمين، ثلاث امكانيات لانشاء قواعد اجرائية محددة للتحكيم، سواء تم ذلك مباشرة، أو بمقتضى نظام تحكيمي، أو بمقتضى قانون مرافعات يطبق علـــى المحاكمات، وهذه الامكانيات الثلاث قد وضعت من قبـــل المشترع على المستوى نفســـه.

أ- ان الامكانيـــة الأولى التي تركت للفرقاء، تتمثل في حقهـــم بتحديد قواعد المحاكمات مباشرة في الاتفاقية التحكيمية. ولكن هذه

148- المـــادة 1502، الفقـــرة 4، من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

149- المـــادة 1504 مـــن قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

الامكانية قلما يتم استغلالها من قبل الفرقاء، خاصة عندما نعلم أن الأغلبيـــة الساحقة من المحكمين الدوليين، انما يعيّنون بموجب شـــروط تحكيمية، تخضع النزاع الذي قد يحصل الى الاتفاقية التحكيمية، دون التطرق الى معالجة تفاصيل قواعد المحاكمة التي ستطبق على اجراءات التحكيم ويكتفي في الغالب بتعيين مرجع لتنظيم عملية التحكيـــم.

ب- وهنـــا يجيء دور الامكانية الثانية، تاركة لمركز دائم من مراكز التحكيم مهمة السير بالتحكيم، وتحديد القواعد التي ترعاه. وهكذا فان اتفاقية التحكيم حين تحيل الى نظام مركز تحكيمي دائم يصبح هذا النظام هو قانون المحاكمة التحكيمية الذي يطبق علـــى اجـــراءات التحكيم[150]. ولكن، كما يحصل غالباً، حيث لا يحـــدد الفرقاء مباشرة قواعد المحاكمة التي يقتضي تطبيقها، فان النظـــام التحكيمي، يكون ناقصاً واذ ذاك يعـــود، للحكام، تحديد قواعـــد المحاكمة، مع التحفظ لجهة احترام مبدأ وجاهية المحاكمـــة.

وهكذا، فان الحكم هو الذي يعمد مثلاً الى تحديد لغة التحكيم، وهو يقوم بذلك بحرية تامة، ودون ان يكون ملزما باعتماد لغة وبلد التحكيـــم، ولكن، دون ان يبتعد كثيراً عن لغة العقد ومستنـــدات الدعوى التي يتمثل بها خيار الفرقاء انفسهم، ولو بصورة رمزيـــة.

150. Jean Robert, p. 273.

ويعمـــد المحكم كذلك الى وضع أسس التبليغ وتبادل المذكرات، وكل التفاصيل المتعلقة بذلك. وهو الذي يرعى طوال التحكيم، أمر حراسة هذه القواعد واتباعها من قبل الفرقاء، وهو الذي يحدد كذلك كيفية وموعد اختتام الجلسات والمناقشـــات.

ج- والامكانية الثالثة تتمثل في العودة الى قانون للمرافعات المدنية المطبق على المحاكمات المدنية في بلد التحكيم وهو قانون مختلف عن القانون المطبق على العقد. وهكذا يصبح قانون المرافعات هذا المطبق علـــى المحاكمات في بلد ما هو قانون التحكيم وفيه نظام التحكيـــم الـــذي اختاره سلطان الارادة[151] وله صفة تعاقدية وله الآثار التي لسلطان الارادة والقرار التحكيمـــي.

5- نتائج اختيار قانون المرافعات الفرنسي واجراءات التحكيـــم الدولي في فرنســـا :

ان الاحالـــة الى القانون الفرنسي، تؤدي الى تطبيق اجراءات المحاكمة المطبقة بالنسبة للتحكيم الداخلي، ولكن هذا التطبيق يبقى في اطـــار محـــدود، انطلاقاً من أن عديداً من هذه القواعد المذكـــورة بالنسبة للتحكيم الداخلي، لا يمكن تطبيقها بصورة ملائمة في ميدان التحكيم الدولي[152]. وانطلاقاً كذلك من انها لا تطبّق الا في غيـــاب

151. Jean Robert, p. 245.

152. Jean Robert, p. 276.

اتفاقيـــة خاصة، اي بتعبير آخر، لا تطبّق الا اذا غاب التعبير عـــن الارادة.

بالنسبة لبعض المؤلفين القانونيين فانه "عندما يحيل الفرقاء، نزاعهم الى القانون الفرنسي، يكونون بذلك قد وضعوا تحكيمهم ضمن النظام القانوني الفرنسي". الا ان ذلك لا يعني انه في غياب الاتفاقات الخاصة، فان الامتناع عن تطبيق قواعد قانون التحكيم الداخلي، يجب ان يؤدي الى منع تنفيذ القرارات التحكيمية أو بطلانها. واذا كان الامتناع عن تطبيق هذه القواعد يشكّل في التحكيم الداخلي خرقـــاً للنظام العام، فان الامر ليس كذلك بالنسبة للتحكيم الدولي، حيث القاعدة الوحيدة الملزمة، هي قاعدة وجاهية المحاكمـــة.

وخـــارج اطار هذه الاحالة العامة الى أحكام قانون التحكيم الداخلي، فليست هناك حالة يحيل فيها قانون التحكيم الفرنســـي الدولي، وبصورة مباشرة، الى قانون التحكيم الفرنسي الداخلي سوى حالة الاستعجال اذ تنص المادة 1493 بفقرتها الثانية على ما يلـــي: "اذا اصطدم تشكيل المحكمة التحكيمية في التحكيم الحاصل في فرنسا أو في التحكيـــم الذي توافق الفرقاء على تطبيق القانون الفرنســـي بشأنه، بعقبات معيّنة، فان للفريق الأكثر عجلة، (باستثناء النص على العكس)، الطلب الى محكمة الدرجة الاولى في باريس النظر بها، وفقاً لأحكام المادة 1457"، أي وفقاً للأحكام المستعجلـــة.

اذاً، فـــان اللجوء الى القاضي التابع للدولة، هو بمثابة طلب عون، من اجل انقاذ التحكيم[153]. وهذا التدخل من قبل القاضي الفرنســـي هو معلّق على شرطين : الأول ايجابي والآخر سلبي، ولا يشير القانون أي من الشرطين هو الارجح في حال التعارض في ما بينهمـــا[154].

الشرط الايجابي: يقتضي أن يكون الامر متعلقاً باجراءات المحاكمة التي اتفق الفريقان على تطبيق القانون الفرنسي بشأنها، أو أن تكـــون المحاكمة التحكيمية حاصلة في فرنســـا.

وفي الحـــالات التي تكون فيها الاجراءات التحكيمية حاصلة في فرنسا، يرى بعض الكتاب أن تدخل القاضي أمر قابل للنقـــاش، لأن اللجوء الى القاضي الفرنسي يتم بصورة غريبة، فهو تدخل يلقي بثقل فرنسا على اجراءات تحكيمية دولية متعلقة بقانون اجنبي وأكثرها بين أجانب، وأخذ مكان التحكيم لترتيب آثار قانونية عليه، يناقض اتجاه المشرع نحو تخليص التحكيم الدولي من ارتباطاته القانونية بالداخل. الا أن لهذا الأمر بعضاً من التبرير في النطاق العملي، لأنه اذا كـــان التحكيـــم يجري في فرنسا، فان القاضي الفرنسي هو بالطبع المـــوقع الأفضل، الذي يقتضي من خلاله التحرك لانقاذ التحكيـــم.

153 Loussouarn: Les Arbitres- Droit et pratique de l'Arbitage International en France- Feduci 1984, p. 47.

154 Bellet et Mezger: L'Arbitrage International dans le nouveau Code de Procédure Civile, Rev. Crit. Dr. Int. Priv. 1981, p. 623.

ويعمـــد كتّاب اخرون الى تبرير ذلك بالطريقة التاليـــة :

"ان هذا التدخل يجب ان يكون مقبولاً، اذ ان المهمة التي يقوم بها القاضي الفرنسي في اطار المادة 1493 فقرة 2، هي أوسع من اطـــار التحكيم الداخلي المستند الى المادة 1444، لأن المادة 1493 فقرة 2، تلزمـــه بملء فراغ صمت الاتفاقية التحكيمية، اذا لم تتحدث تلك الاتفاقية عن عدد المحكمين أو كيفية تعيينهـــم.

وهكذا فان الفرقاء الذين توافقوا على شرط بهذه النواقص في قضية دوليـــة، دون اخضاعها لاجراءات المحاكمة الفرنسية، يفترض فيهم ان يعهدوا الى القاضي الفرنسي بمهمة تنفيذ اتفاقهـــم".

الشـــرط السلبي : لا تجيز المادة 1493 تدخل القاضي الفرنسي، الا في حـــال النص اتفاقياً على خلاف ذلك، وهو بهذا المعنى يتدخل انقـــاذاً لسلطان الارادة في تسوية المصاعب التي يمكن أن تصـــادف التحكيـــم خلال سيره.

ثالثـــاً- في القانون الجزائري الجديـــد :

1- اجـــراءات المحاكمة التحكيمية وسلطان الارادة.

سلطان الارادة هو الذي يحدد "الآجال والاوضاع" أي اجراءات المحاكمة التحكيمية الداخلية فاذا لم يعبر سلطان الارادة عن خيار فان الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية هي التي تطبق وبالتالي

تطبق اجراءات المحاكمة القضائية[155] هذا في التحكيم الداخلي وهو مطـــابق لما كان عليه القانون السابق.

وعلـــى خطى القانون السابق للتحكيم الدولي فان سلطان الارادة هو الذي يحدد "الاجراءات الواجب اتباعها في الخصومة" أو يحيل الى نظام تحكيمـــي أو قانون اجراءات بلد ما. فاذا لم يعبر سلطان الارادة عـــن خيار فلا تطبق اجراءات المحاكمات القضائية بـــل يعود ذلك لمحكمة التحكيم التي يمكن ان تضع الاجراءات هي بنفسها او تحيل الى نظام تحكيم كنظام غرفة التجارة الدولية أو الى قانون تحكيم[156] كما قانـــون التحكيم اللبناني.

2- الوجاهيـــــة :

لم يأت التحكيم الداخلي على ذكر قاعدة الوجاهية ولكنها تبقى حتمـــاً جزءاً من النظام الداخلي وهي قاعدة أساسية في الأصـــول القضائية فلا يمكن تجاهلها في اجراءات التحكيم الداخلي. أما قانون التحكيم الدولي فقد كان يبطل الحكم "اذا لم يراع مبدأ حضور الأطـــراف"، وهو مبدأ متصل أو غير متصل بالوجاهية، فالأمر فيـــه التبـــاس. لهذا جاء قانون التحكيم الجديد فنص صراحة على ابطـــال

155- المـــادة 1019 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

156- المـــادة 1043 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

حكم التحكيم الدولي اذا لم يراع الوجاهية[157] فيكون القانون الجديد قـــد كرّس الوجاهية واعطاها مكاناً ومكانة وقدسية في اجـــراءات التحكيم وسماها باسمها بـــدون مواربة وجعل مخالفتها مبطلة للحكم التحكيمـــي الـــدولي.

3- الغـــى التحكيم بالصلح :

كان قانون التحكيم الداخلي السابق يفرق بين التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح[158] وكذلك في التحكيم الدولي السابق كان يفرّق ويجيز التحكيم بالقانون كما والتحكيم بالصلح[159].

أمـــا قانون التحكيم الداخلي الجديد كما قانون التحكيم الدولي الجديد فقد حصر التحكيم الداخلي بالتحكيم بالقانون بل نص وأكّد ان المحكمين يفصلون بالدعوى "وفقاً لقواعد القانـــون"[160].

أما قانون التحكيم الدولي فقد ترك للاطراف حرية اختيار قانون الاجراءات كما قانون حسم النزاع. فاذا تضمن القانون الأجنبي نصاً يعترف بالتحكيم بالصلح وبالعدل والانصاف فليس في القانون الجديد ما يمنع ذلك. اما اذا كان قانون التحكيم الدولي الجزائري هو المطبق

157- المـــادة 1054 فقرة 4 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديد.

158- المـــادة 451 الفقرة 3 اجراءات مدنيـــة سابق.

159- المـــادة 458 مكرر 15 اجراءات مدنيـــة سابق.

160- المـــادة 1023 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديـــد.

فانه لم "يعترف بالتحكيم بالصلح والعدل والانصاف بل نص على انه "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطـــراف وفي غياب هذا الاختيار تفصـــل حسب قواعد القانـــون والأعـــراف التي تراها مناسبة"[161] مما يعني ان المشرع الجزائري ادخل الأعـــراف الى جانب القانون في التحكيم الـــدولي.

4- المهـــــل :

ان قانـــون التحكيم السابق يترك للأطراف الاتفاق على مهلـــة التحكيمـــ فاذا لم يتفقوا على ذلك فان المهلة هي ثلاثة اشهر تبدأ من تاريخ تعيين المحكمين او آخر واحد منهم اذا عينوا من الأطراف ومن تـــاريخ صدور قرار قضائي بتعيين محكم آخر واحد من المحكمين.

أما قانون التحكيم الدولي السابق فهو لم يحدد مهلة للتحكيم ، أما قانون التحكيم الداخلي الجديد فقد ترك ايضاً لسلطان الارادة أن يحـــدد مدة التحكيم واعتبر العقد صحيحاً حتى ولو لم يحدد مهلـــة التحكيم ولكنه في هذه الحالة تكون مهلة التحكيم أربعة أشهر، تبدأ من تاريخ تعيين المحكمين اي آخر واحد منهـــم[162].

161- المـــادة 1050 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

162- المـــادة 1018 الفقرة الاولى من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

والتمديد جائز وهو لسلطان الارادة فاذا تعذر فيعود الامر للنظام التحكيمي المطبق الذي تطبق مهله فاذا انقضت و لم يتوصل الطرفـــان الى اتفـــاق على التمديد يعود الأمر الى القضاء المختص[163].

قانون التحكيم الدولي الجديد لم يحدد للتحكيم مهلة وبالتالي فان الامر يعود لسلطان الارادة. ولكن اذا لم يمارس سلطان الارادة خياراً فلا يكون للتحكيم الدولي في القانون الجزائري مهلة، ومع ذلك فقد أجـــاز استئناف قرار اعطاء الصيغة التنفيذية لحكم تحكيمـــي دولي اذا "فصلت محكمة التحكيم... بناء لاتفاقية باطلة أو انقضاء مـــدة الاتفاقيـــة"[164].

والاتفاقيـــة التحكيمية الدولية تنص على مهلة للتحكيم أو تحيل على نظام تحكيمي أو على نظام مركز تحكيمي يحدد المهل وبالتالي اذا انقضت المهلة المحددة من سلطان الارادة في التحكيم الدولي فان الامر باعطـــاء صيغة التنفيذ للحكم التحكيمي الدولي الصادر عن هـــذا التحكيم، يكون معرضاً للفسخ. اما اذا لم يحدد سلطان الارادة مهلة أو أحـــال لنظام تحكيمي كنظام تحكيم اليونسترال، الذي لا يحـــدد مهلـــة، فلا تكون المهلة منقضية لأنه ليست هناك مهلة أصلاً وبالتالي

163- المـــادة 1018 الفقرة الثانية من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

164- المـــادة 1056 البند (أ) من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

فان التحكيم الدولي الذي لم تحدد اتفاقيته التحكيمية الدولية مهلـــة للتحكيـــم لا تكون صيغة التنفيذ المعطاة له قابلة للفسخ أو الالغاء لانقضاء المهلة لأنه ليست هناك مهلة لهكذا تحكيـــم.

5- مساعـــدة القضـــاء للتحكيـــم :

القضاء يقدم مساعدة للتحكيم الداخلي، لتشكيل المحكمة التحكيمية "اذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم... يعين المحكم أو المحكمين من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل ابرام العقد أو محل تنفيـــذه"[165].

وبعد تشكيل المحكمة التحكيمية فان القضاء لا يعود له دور في مساعدة المحكمة التحكيمية، لسماع الشهود اذا امتنع شاهد عن الحضور أو في الـــزام اشخاص ثالثين بتقديم وثائق ومستندات تساعد التحكيم على كشف الحقيقة والحقوق، الا في تحديد المهلة اذا تعـــذر وصول الطرفين الى اتفاق على التمديد، هذا في التحكيم الداخلـــي. أمـــا في التحكيم الدولي فان القانون الجديد يقدم مساعدة القضاء في تشكيل المحكمة التحكيمية في حال غياب سلطان الارادة أو في حاله صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم فيجيز للطـــرف الذي يهمه التعجيل مراجعة القضـــاء. فاذا كان التحكيم الدولي جارياً في

165- المـــادة 1009 الفقرة الاولى من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

الجزائر فالقضاء المختص بالمساعدة على تعيين المحكم أو المحكمين هو رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، أمـــا اذا كان التحكيم يجري خارج الجزائر ويطبق قانون التحكيم الدولي الجزائري وقواعـــد الاجراءات العمول بها في الجزائر فالقضاء المختص هو رئيس محكمة الجزائـــر[166].

أمـــا بعد ذلك فعلى خلاف التحكيم الداخلي، فان قانون التحكيم الدولي نص على أنه "اذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيب الاجـــراءات أو في حالات أخرى جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هـــذه الأخيرة أو للطرف الذي يهمه التعجيل بعد الترخيص له من محكمـــة التحكيم ان يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضـــي"[167].

اذاً، في التحكيم الداخلي يساعد القضاء على تعيين المحكمين وعلى تمديد المهل ويقف دور القضاء المساعد عند هذا الحد. أمـــا في التحكيم الدولي فالباب واسع جداً يبدأ بتعيين المحكمين اذا تعذر ذلك ويمتد الى تقديم الادلة وتمديد مهلة التحكيم، ثم يفتح القانون الباب واسعاً بالقول ".. أو في حالات أخرى.." كلما دعت الحاجـــة.

166- المـــادة 1041 فقرة 1 و2 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

167- المـــادة 1048 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

ولكـــن مراجعة المحكمة القضائية تستوجب بعض الملاحظـــات :

الملاحظـــة الأولى : المحكمة التحكيمية يمكنها أن تراجع القضاء، وكذلك الباب مفتوح لأطراف النـــزاع، أي لأي طرف، ولكـــن بالاتفاق مع المحكمة التحكيميـــة.

الملاحظـــة الثانية : يقدم الطلب اما من المحكمة التحكيمية أو من طـــرف من الأطراف مرخصاً به من المحكمة التحكيمية على عريضة.

الملاحظـــة الثالثة : يطبق القضاء قانون بلد القاضي، فاذا جرى التحكيم في فرنسا وطبق قانون التحكيم الجزائري فان القاضي الفرنسي يطبق قانونه، وهنا ناقد ومنقود لأنه اذا كان القانون الجزائري مطبقاً وفقاً لهذه الأصول المحددة في مساعدة المحكمة التحكيمية في تحكيـــم يجـــري خارج الجزائر ويطبق قانون التحكيم الجزائري فان القاضـــي الفرنسي مرخص له، حسب القانون الجزائري، بتطبيق القانون الفرنسي الذي قد يتفق وقد لا يتفق مع القانون الجزائري في هذا الصـــدد.

6- تـــوقف التحكيـــم :

في قانون التحكيم الداخلي الجديد : اذا طعن بالتزوير مدنياً في ورقة أو اذا حصل عارض جنائي، يحيل المحكمون الأطراف الى الجهـــة القضائيـــة المختصة ويتوقف سير التحكيم ليستأنف سريان أجله من

تاريخ الحكم في المسألة العارضـــة[168]. وهو نفس النص الذي كـــان وارداً في القانـــون السابق.

أمـــا في قانون التحكيم الدولي الجديد فلم يأت على ذكر توقف سير التحكيم، وبالتالي فان التحكيم الدولي لا تؤثر فيه العـــوارض الجنائيـــة والتزوير الذي تراجع بشأنه المحاكم الوطنية لأن التحكيم دولي، واجتهاد التحكيم الدولي، استقر على عدم تطبيق قاعدة "الجزاء يعقـــل الحقوق" الا اذا وجدت المحكمة التحكيمية ارتباطاً وثيقاً بين العـــارض أو التزوير والنتيجة التي ستتوصل اليهـــا.

7- التدابير المؤقتـــة والتحفظيـــة :

لم يتعرض القانون السابق للتدابير المؤقتة والتحفظية في القانون الداخلي، كذلك القانون الجديد وبالتالي فان التدابير التحفظية والمؤقتة تكون من اختصاص القضـــاء.

أما قانون التحكيم الدولي السابق فقد اجاز للمحكمة التحكيمة الأمر بالتدابير المؤقتة أو التحفظية الا اذا كان هناك اتفاق مخالف[169]. كذلك فان قانون التحكيم الدولي الجديد أجاز للمحكمة التحكيمية أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء لطلب أحد الأطراف، الا اذا نص

168- المـــادة 1021 الفقرة 2 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

169- المـــادة 458 مكرر 9 من المرسوم الجزائـــري.

اتفـــاق الطرفين على خلاف ذلك. والجديد الذي جاء به القانـــون الجديد هو انه اذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير ارادياً، جاز لمحكمة التحكيم ان تطلب تدخل القاضي المختص[170].

ويضيف القانون : "...يطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضـــي" أي ان المحكمـــة التحكيمية التي تطبق قانون التحكيم الجزائري في تحكيم يجري خارج الجزائر، يحق لها ان تتخذ قرارات تحفظية ومؤقتة وتكون الاستعانة بقاضي البلد الذي يجري فيه التحكيم لتنفيذ هذه القرارات وفقاً لقانون هذا القاضـــي.

ويضيف قانـــون التحكيم الدولي الجديد، وهو جديد يأتي بـــه القانون الجديد، يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هـــذا التدبير[171].

8- المحاضـــر وأعمـــال التحقيق :

قانون التحكيم السابق الزم بأن أعمال التحقيق يقوم بها المحكمون جميعـــاً الا اذا كان هناك اتفاق يخول لهم سلطة انتداب أحدهم للقيام بهـــا[172].

170- المـــادة 1046 الفقرة 1 و2 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

171- المـــادة 1046 الفقرة 3 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

172- المـــادة 440 الفقرة الثانية من القانون الســـابق.

وقـــد جاء القانون الجديد بنفس الاتجـــاه[173].

وبالتالي فان المحكمين يعملون معاً ويجب وضع محضر في الجلسات كلها يوقعه المحكمون جميعهم مع الأطـــراف.

أمـــا في التحكيم الدولي فالأمر يعود لسلطان الارادة وليست هناك أيـــة قيـــود.

9- الاستئنـــــاف :

في القانون السابق، يقبل القرار التحكيمي الاستئناف أمام القضاء الا اذا كان أطراف النزاع قد اتفقوا على العكس. ويمكن التخلي عن الاستئناف في أية مرحلة من المراحـــل[174].

وأسباب الاستئناف غير محصورة، لأن الاستئناف يفضي الى نشر الدعوى مجدداً أمام القاضـــي، ولكن لا يمكن في الاستئناف الادلاء بأســـباب الابطال المحددة في القانون على سبيل الحصر[175].

وفي التحكيم الدولي فالحكم التحكيمي لا يقبل الاستئناف لا في القانون السباق ولا في القانون الجديـــد.

173- المـــادة 1020 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديـــد.

174- المـــادة 446 فقرة 1 من القانون الســـابق.

175- المـــادة 854 من القانون الســـابق.

أمـــا في القانون الجديد فان قرار التحكيم يقبل الاستئناف أمام القضـــاء الا اذا اتفق الأطراف على غير ذلك[176] والاستئناف ينشر الدعوى أمام القضـــاء.

ولم يضع القانون الجديد اسباباً لابطال الحكم التحكيمـــي ولا أسباباً لابطال الصيغة التنفيذية التي يكتسبها الحكم التحكيمي. وكان القانون السابق قد وضع أسباباً للابطال. فالقانون الجديد أكثر انسجاماً مع المنطق طالما ان القرار التحكيمي بذاته قابل للاستئناف والاستئناف ينشـــر الدعوى أمام القضاء وينتهي الاستئناف بحكم قضائي قابـــل للنقض كما كل الأحكام القضائية الاستئنافيـــة[177].

10- اختصـــاص المحكم للنظر باختصاصـــه :

اذا اعترض طـــرف على صحة العقد فان المحكم لا يعود مختصاً للنظر بعقد مطعون بصحته ضمنه الشرط التحكيمي الذي ينبع منه التحكيم والذي يستمد منه المحكم اختصاصه، الا اذا تبنى القانـــون نظريـــة استقلالية الشرط التحكيمـــي عن العقد. ولكن اذا اعترض طرف ليس على العقد بل على الشرط التحكيمي ذاته وأدلى بأنـــه معيوب بعيب من عيوب الرضى مثلاً كالغلط أو الاكراه الخ.. فالمحكم

176- المـــادة 1033 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

177- المـــادة 1034 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

لا يعـــود مختصاً للنظر باختصاصه الا اذا تبنى القانون المطبق علـــى التحكيـــم نظـــريـــة "اختصـــاص المحكـــم للنظـــر باختصاصـــه" Compétence compétence .

قانون التحكيم الجديد لم يعتمد هذه النظرية في التحكيم الداخلي كمـــا انه لم يعتمد نظرية استقلالية الشرط التحيكمي كما بيننا سابقاً وبالتالي فان أية منازعة بصحة الشرط التحكيمي توقف سير التحكيم فيحال النزاع على القضاء الذي، اذا بت بصحة الشرط التحكيمـــي، يعود التحكيم فيتابع سيره والا ينتهي التحكيم بحكم قضائي يبطل الشرط التحكيمـــي.

أما في التحكيم الدولي، فان قانون التحكيم الجديد نص على أن محكمة التحكيم هي التي تفصل في الاختصاص المناط بها ولكن يجب اثارة الـــدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع فاذا لم يثر أولا سقط الحق باثارته ويجب أن تفصل المحكمة التحكيمية باختصاصها بحكـــم أولي، الا اذا كان الدفع بعدم الاختصـــاص مرتبطاً بموضوع النـــزاع[178].

11- انتهـــاء الدعـــوى التحكيميـــة :

في قانـــون التحكيم الداخلي الجديـــد :

178- المـــادة 1044 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

ينتهـــي التحكيـــم[179] :

1- بوفـــاة احد المحكمين أو رفضه القيام بمهمته بمبرر أو تنحيته أو حصول مانع له، ما لم يوجد شرط مخالف، أو اذا اتفق الأطراف على استبداله أو استبداله من قبل المحكم أو المحكمين الباقين. وفي حالة غياب الاتفاق تطبق أحكام المادة 1009 أعـــلاه.

2- بانتهـــاء المدة المقررة للتحكيم، فاذا لم تشترط المدة، فبانتهـــاء مدة أربعة أشهـــر.

3- بفقد الشيء موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع فيـــه.

4- بوفـــاة احد أطراف العقـــد.

ونص هذه المادة واضح فيما خص انتهاء التحكيم بوفاة أحـــد المحكمين أو رفض المحكم القيام بمهته الا اذا كان هناك شرط مخالف، الى هنا والنص واضح، ولكن حصول مانع للمحكم كـــأن يمرض أو يتزوج مـــن احد الطرفين او ممن يرتبط بهم برابطة قرابة أو مصاهرة قريبـــة .. يجعل النص ملتبساً وغامضاً!!!

لماذا ينتهي التحكيم بزواج المحكم او بمرضه مثلاً؟؟ لماذا لا يستبدل المحكـــم؟

179- المـــادة 1024 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

ثم يذهب النص الى مزيد من الغموض بالقول ان التحكيم ينتهي اذا "اتفق الأطراف على استبداله (المحكم) أو استبداله من المحكـــم أو المحكمين الباقين، وفي حال غياب الاتفاق تطبق المـــادة 1009"

وهـــذا النص يطرح تســـاؤلات :

1- اذا اتفق الأطراف على استبدال المحكم "او استبداله" فلماذا ينتهي التحكيم؟

2- واستبـــدال المحكم الذي يتفق عليه الأطراف" من المحكم أو المحكمين الباقين" مـــاهو المقصود؟ هل المقصود استبدال محكم بمحكم؟ أم المقصـــود موافقة باقي المحكمين على الاستبـــدال.

3- وماذا جاءت تفعل المادة 1009 في هذا الصدد. فالمادة 1009 تتعلق بحـــل صعوبة بتشكيل المحكمة التحكيمية بفعل أحد الأطراف وانقاذ القضاء لهذا الـــوضع.. فلماذا وكيف ينتهي التحكيم الذي يشكو مشكلة استبدال محكم اذا كان القضاء سينقذ الـــوضع ويعين المحكم. ولماذا ينتهي التحكيم عند تعيين القضاء لهذا المحكم الذي كان تعيينه يشكل صعوبة ذللها القضـــاء.

هـــذا النص يحتاج اعادة النظـــر..

أمـــا في قانون التحكيم الدولي فسلطان الارادة هو الذي يحدد وحده دون سواه متى ينتهي التحكيم. وقانون التحكيم الدولي لا يأتي على ذكر الموضـــوع.

المبحـــث الـــرابع

الحكـــم التحكيمـــي

أولاً : في القانـــون السابق

1- أنـــواع الأحكـــام :

قانـــون التحكيم الداخلي السابق جاء الى الموضوع بطريقة غير مباشرة اذ نص على أن القرارات التحكيمية، حتى الاعدادية منها، لا يمكـــن انفاذها الا بأمر من رئيس المحكمة..."[180] وهو اعتراف بـــأن المحكم يمكن أن يصدر قرارات تحكيمية جزئية أو اعدادية. أما قانون التحكيم الدولي السباق فقد نص صراحة على أنه يمكن للمحكمـــة التحكيميـــة اصدار عدة أنواع من الأحكام التحكيميـــة :

أ- الأحكـــام الجزئية والأحكام النهائيـــة،

ب- الأحكـــام التي تتضمن اتفاق الطـــرفين.

2- التحكيـــم بالقانون والتحكيم بالصلح :

كـــان القانون الداخلي السابق يفرق بين التحكيم بالقانـــون والتحكيم بالصلح كذلك قانون التحكيم الدولي الذي ترك للمحكم حريـــة الآخذ بأعراف التجارة الدولية ونلاحظ فيما بعد أن القانون الجديـــد قد الغى التفرقة بين التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح.

180- المـــادة 452 من قانون الاجراءات المدنية الســـابق.

3- تسبيب الحكـــم :

لم يتعـــرض قانون التحكيم الداخلي السابق لتسبيب الحكم ولا اعتبر عدم التسبيب من أسباب ابطال الحكم التحكيمي ولكنه أشـــار الى أنه في حال انقسام المحكمين فانهم اذا كانوا مفوضين بتعيين محكم مرجح يلزم كل منهم بتحرير وجهة نظره مسببـــة[181].

أمـــا قانون التحكيم الدولي السابق فهو اختار التسبيب واعتبر أن عدم التسبيب هو سبب لابطال الحكم التحكيمي الدولي على خلاف القانون الفرنسي للتحكيم الدولي بل ذهب اكثر من ذلك اذ اعتبر ان عدم التسبيب بما فيه الكفاية هو سبب للابطـــال.

4- البيانـــات الالزاميـــة :

هـــل يجب أن يتضمن الحكم التحكيمي الداخلي ملخص أقوال الطرفين ومكان وزمان صدوره والوقائع وتوقيع المحكمين؟

القانون التحكيمي السابق التزم الصمت حول كل ذلك أما قانون التحكيم الدولي السابق فقد الزم الحكم التحكيمي بأن يتضمن مكان وزمان صدوره وتوقيع المحكمين[182]. ونص على أن الحكم التحكيمي

181- المـــادة 450 من المرسوم الجزائـــري.

182- المـــادة 458 مكرر 13 من المرسوم الجزائـــري.

يكـــون مكتوباً مسبباً معين المكان مؤرخاً وموقعاً ويمكن للمحكـــم المخالف ان يندرج رأيه في الحكم المخـــالف[183].

5- الأكثريـــة أم الاجمـــاع :

وفقاً للقانون السابق يوقع القرار التحكيمي من..... المحكمين اذا كانا اثنين واتفقا واذا كان عدد المحكمين الذين اختارهم الخصوم أكثر من اثنين فيوقع القرار من الاكثرية واذا رفضت الأقلية التوقيع أشارت الأكثرية الى ذلك في القرار التحكيمـــي[184].

أما قانون التحكيم الدولي فهو اعتمد قاعدة الأكثرية الا اذا اتفق سلطـــان الارادة على غير ذلك[185].

6- تصحيح الحكـــم :

لم يتعـــرض قانون التحكيم السابق لتصحيح الحكم التحكيمي الداخلي وقانون الاجراءات السابق يعطي الأولوية للقضاء وفسر الفقه أن التصحيح امام القضاء ممكن ولكن ضمن المهلة التحكيميـــة.

أمـــا قانون التحكيم الدولي السابق فلم يأت على ذكر تصحيح الحكم التحكيمي الـــدولي.

183- المـــادة 458 مكرر 13 من المرسوم الجزائـــري.

184- المـــادة 449 الفقرة الثانية من المرسوم الجزائـــري.

185- المـــادة 458 مكرر 13 من المرسوم الجزائـــري.

7- قـــوة القضيـــة المحكمـــة :

في القانـــون السابق للتحكيم الدولي ان القرار الذي يفصل في المنازعة ينهي مهمة محكمة التحكيم ويكتسي القرار التحكيمي فـــور صدوره حجية الشيء المقضي به في النزاع الذي فصل فيـــه[186].

أما في قانون التحكيم الداخلي السابق فان قانون التحكيم الداخلي لم يورد أي نص حول حجية الشيء المقتضى به ولكن الاجتهـــاد والفقه اعتمدا ان ابلاغ الحكم التحكيمي ديوان المحكمة القضائية هو تاريخ فاصل يصبح للحكم بعده حجية الشيء المقضي بـــه.

ثانيـــاً في القانـــون الفرنســـي

فقـــرة أولى : في التحكيم الداخلـــي

ان الصفـــة القضائية التي يتسم بها القرار التحكيمي، ســـواء أكان التحكيم تحكيماً بالصلح ام تحكيماً بالقانون، تبرز بشكل واضح في قانـــون التحكيم الجديد. فالقرار التحكيمي يجب أن يصـــدر بنتيجـــة مذاكرة[187] وأن يكون معللاً[188] وأن يصدر بالأكثرية[189] وله

186- المـــادة 458 مكرر 16 من المرسوم الجزائـــري.

187- المـــادة 1469 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

188- المـــادة 1471 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

189- المـــادة 1470 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

قوة القضية المقضية بمجرد اصداره[190] وبالامكان الطعن به أمام المراجع القضائيـــة[191].

1- سريـــة المذاكرة-الاغلبية لا الاجمـــاع :

بتحديده بأن "مذاكرة المحكمين يقتضي ان تكون سرية"[192]، فان قانون المرافعات المدنية قد تبنى القاعدة المطبقة على الأحكام الصـــادرة عن قضاء الدولة[193]. ومن جهة أخرى، وفي حين أن قانون المرافعات المدنيـــة القديم، قد أدخل نظام المحكم الثالث المرجّح في حالة تعاكس التصويت[194]، مؤدياً في الواقع الى قرار يقضي ان تتأمن له الأغلبيـــة، فان قانون المرافعات المدنية الجديد، قد تخلى عن هذا النظام وأكـــد بوضوح أن "القرار التحكيمي يصدر بأغلبية الأصـــوات"[195].

وهذه القاعدة الجديدة تسير في نفس الاتجاه، الذي يسير فيه عدد المحكمين[196] ويجب اعتبار القرار التحكيمي الصادر بالأكثرية غير مناقض لمبدأ سرية المذاكرة بل منسجماً مع قاعدة ان القرار التحكيمي يصدر

190- المـــادة 1476 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

191- المـــادة 1486 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

192- المـــادة 1469 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

193- المـــادة 448 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

194- المادتـــان 1017 و1018 من قانون المرافعات المدنية القديم.

195- المـــادة 1470 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

196- المـــادة 1453 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

بأكثرية الأصـــوات. وبالتالي فان المحكم الذي يرفض التوقيع علـــى الحكم يفهم امتناعه عن التوقيع من هذه الزاويـــة[197].

2- تعليل القـــرار التحكيمـــي :

ينص قانون التحكيم الداخلي على أن القرار التحكيمي، يجب ان يكون معللاً[198] ، وذلك تحت طائلة البطلان[199]. وهذا الموجب الذي يعتبره الاجتهاد من متطلبات النظام العام، يطبّق على التحكيم بالقانون، كمـــا على التحكيم بالصلح.

ولا يعني هذا الموجب في كل الأحوال، ان المحكمين مجبرون على الرد على كل الدفوع المدلى بها من الفرق المـــادة.

3- مضمـــون القرار التحكيمـــي :

يقتضي أن يعرض القرار التحكيمي بايجاز لأقوال الفرقاء المتقابلة[200]، كمـــا ويجب ان يحتوي القرار علـــى[201] :

- اســـم المحكمين الذين أصـــدروه.

- تاريخ القرار : وهذا ما يمّكن من التحقيق بأن القرار قد صدر ضمن المهلـــة.

---

197. J. Robert. D. 1980, ch. 195

198- المـــادة 1471 والفقرة 2، من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

199- المـــادة 1480 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

200- المـــادة 1471 الفقرة 1، من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

201- المـــادة 1472 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

ومن جهة أخرى، فان القانون الجديد قد حدد "ان القرار التحكيمي يقتضـــي أن يكون موقعاً من المحكمين جميعاً. وفي جميع الأحوال، اذا رفضت اقلية منهم التـــوقيع، يشير بقية المحكمين الى ذلك في متن القرار، ويكون للقرار التحكيمي المفعول نفسه، كما لو كان وقّع من قبل المحكمين جميعاً"[202]، وذلك بهدف منع الاقلية المعارضة للقرار من شلـــه وجعله وكأنه غير موجود من خلال التمنع عـــن التوقيع[203]. ولكن، بينما الاشارة الى اسم المحكمين وتاريخ القرار وكذلك توقيعه من المحكمين أو أكثريتهم، هي أمور مطلوبة تحت طائلة البطلان[204]، فان أمورا أخرى أدرجت في القانون الجديد، دون أن يكون نتيجـــة اغفالهـــا البطلان :

- المكان الذي صدر فيه القرار: وهذا يمكّن من تحديد الصلاحية المكانية، التي يتعلق بها مصير الصيغة التنفيذية للقـــرار.

- أسماء الفرقاء بالكامل، وكذلك محل اقامتهم أو مركزهم الرئيسي، واذا اقتضـــى الأمر، أسماء المحامين أو أي شخص مثّل، أو عـــــاون الفرقـــــاء.

202- المـــادة 1473 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

203. J. Robert, Op.Cit. p. 180.

204 - المـــادة 1480 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

4- القواعـــد المطبقة في النـــزاع :

ينتج عن قانون التحكيم الداخلي الجديد ان "المحكم يفصل النزاع بمـــا يتناسب مع القواعد القانونية، الا اذا كان الفرقاء في الاتفاقيـــة التحكيمية، قد عهدوا اليه بمهمة اصدرا قراره بوصفه محكماً بالصلح[205].

وفي الحالـــة التي لا يكون فيها اختيار التحكيم بالصلح محـــدداً بصورة واضحة في الاتفاقية التحكيمية، يقتضي ان يتم التحكيم بصورة الزامية بما يتوافق مع قواعد القانون، كذلك في الحالة التي يتنازل فيها الفرقاء عن الاستئناف، يفترض بأنهم قد اختاروا التحكيم بالصلح.

وفي كـــل الأحوال، اذا كان اختيار التحكيم بالصلح يـــدفع الى تقييد تطبيق القانـــون، الا انه لا يلغيه[206]. ويبقـــى التحكيم بالصلح مقيدّاً بالنظام العـــام.

5- القرار التحكيمي يتمتع بقوة القضية المقضية اعتباراً من وقت الصـــدور :

لقد اتخذ المشترع موقفاً مضاداً لموقف الاجتهاد الصادر عن محكمة التمييز، التي اعتبرت أن القرار التحكيمي لا يتمتع بقوة القضيـــة المقضيـــة، الا بعد اكتسابه الصيغة التنفيذية، التي تمنح اليه من المحكمة

---

205 – المـــادة 1474 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

206.LEVEL:L'amiable composition; Rev. de l'arbitrage 1980, p.651 et suivantes.

القضائية المختصة، ويذهب القانون الجديد الى ان القرار التحكيمي، يكتسب قوة القضية المقضية، منذ صـــدوره[207].

ان تـــاريخ اكتساب القرار لقوة القضية المقضية هو أمر هـــام، بموجب القانون الجديد، لا يستطيع الخصم ان يتقدم بدعوى جديدة ضد الفريق نفسه، اعتباراً من تاريخ صدور القرار التحكيمي، وكذلك فان يد المحكم ترفع عن القضية التي فصل نزاعها، واعتباراً من تاريخ صدور القرار، وليس من تاريخ منحه الصيغة التنفيذيـــة.

6-المحكم يفسر القرار التحكيمي ويصحح اخطاءه ويكمّل نواقصه:

ان القـــرار التحكيمي، يرفع يد المحكم عن النزاع الذي فصله. ولكن للمحكم صلاحية تفسير القرار التحكيمـــي، وتصحيح أخطائه الماديـــة، واستكمال نواقصه، عندما يكون قد اغفل البت في أحـــد الطلبـــات[208].

ولكن ذلك يفترض أن يكون بالامكان جمع المحكمة التحكيمية مجدداً، والا فتعود الصلاحية للمحكمة القضائية، التي كانت ستصبح صالحة، لو لم تتشكل المحكمة التحكيمية وتمارس مهامهـــا.

207- المـــادة 1476 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

208- المـــادة 1475 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

وقـــد حسم القانون الجديد هذه النقطة التي كانت مدار جدل واسع في القانون القديم، اذ أكّد علـــى القاعدة التي بموجبها يكـــون للمحكم صلاحيـــة عامة وهو الأصل والقاضي هو قاضي الفـــرع.

الفقـــرة الثالثة : في التحكيم الـــدولي

1- الافتقـــار الى الشكـــل :

ان قانـــون التحكيم الدولي، لم يفرض أي الزام شكلي، بصدد القرار التحكيمي في مادة التحكيم الداخلـــي.

وهكذا فان المادة 1502 من قانون أصول المرافعات المدنية الجديد، التي تحدد حالات استئناف أوامر الصيغة التنفيذية للقرارات التحكيمية الصادرة في خارج فرنسا، أو الغاء القرارات الصادرة في فرنســـا في مادة التحكيم الدولي، أن هذه المـــادة لا تشير الى شكل القرار التحكيمـــي.

ينتج عن ذلك ان غياب التعليل في القرار، وغياب ذكر اســـم المحكمين وتاريخ القرار، وأخيراً غياب توقيع المحكمين، وما يؤديه كل ذلك الى بطلان القرار التحكيمي بموجب القانون الداخلي، ان غياب كل ذلك لا يسبب بطلان القرار الصادر في مادة التحكيم الدولي[209].

209- المادة 1484 من قانون المرافعات تنص على بطلان القرار التحكيمي الداخلي في ست حالات من بينها حالات المادة 1480 المتعلقة بتعليل القرار التحكيمي واسم المحكمين وتاريخ القرار وتوقيعه م،ن المحكمين.

ولكن المادة 1502 من قانون المرافعات المدنية الجديد، تمكّن من استئناف قرارات اعطاء الصيغة التنفيذية للقرارات التحكيمية الصادرة خارج فرنسا، أو ابطال القرارات الصادرة في فرنسا، في مادة التحكيم الـــدولي وذلك :

1- اذا كـــان المحكم قد اصدر قراره التحكيمي بموجب اتفاقية انقضت مدتها[210]، الأمر الذي يدفع الى اعتبار ان القرار التحكيمـــي يقتضي أن يتضمن التاريخ الذي صدر فيه، وذلك بهدف التأكد مـــن أن المهـــل قد تم احترامها من قبل المحكمين.

2- اذا اصدر المحكم قراره دون التقيّد بحدود المهمة التي عهد بها اليه[211] الفرقـــاء. فاذا كان هؤلاء قد عهدوا الى المحكم مهمة اصدار حكمه ضمن شكليات معيّنـــة، أو وفقاً لقانون مرافعات مدنية عائد لبلد ما، فان امتناع المحكمين عن احترام ارادة الفرقاء، يمكن أن يكون سبباً من اسباب البطلان أو الاستئن المادة اف[212].

مـــن هنا فان ارادة الفرقاء في النزاع، هي التي ترسم حدود مهمة المحكمة، فيما يتعلق بالشكل الذي يقتضي أن يتخذه القرار التحكيمي.

210- المـــادة 1502، الفقرة 1، من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

211- المـــادة 1502، الفقرة 3، من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

212.Derains : Droit et pratique de l'arbitrage international en France – FEDUCI 1984, p. 70.

وهـــؤلاء الفرقاء أنفسهم هم الذين يقررون ما اذا كان يقتضي أن يكون القرار التحكيمي معللاً أو دون تعليل، وما اذا كان يقتضي أن يتضمن تاريخاً أو لا يتضمن، وما اذا كان يقتضي ذكر الوقائع أم لا.

واذا كان الأمر يتعلق اكثر ما يتعلق بتعليل القرارات التحكيمية، فـــان محكمة التمييز قد سبق ان ذهبت الى ما يلـــي[213] :

"اذا كان الأمـــر يتعلق بتحكيم دولي، يرعى اجراءاته التحكيمية قانون أجنبي، فان محكمة الاستئناف قد قررت أن الافتقار الى الأسباب التعليلية، ليس بحد ذاته مخالفاً للنظام العام بالمفهوم المعتمد في قانون التحكيم الدولي الفرنسي، طالما ان اغفال التعليل في القرار التحكيمي لا يخفـــي حلا في الأساس غير متوافق مع النظام العام، أو نيلا مـــن حقوق الدفـــاع".

ان هذا الاجتهاد قد اعتمد اذن ان تكون القرارات التحكيمية في التحكيـــم الدولي، غير واجبة التعليل[214]. وان قانـــون 1981 المتعلق بالتحكيم الدولي، لم يعدل هذا الموقف، الا اذا كان الفرقاء قد عمدوا بصورة مباشرة أو غير مباشرة، الى اعتماد أن يكون القرار التحكيمي

213. Civ. 18 Mars 1980, B.I. no 87, p. 71.

214- ان القـــرارات التحكيمية غير المعللة تعود الى "اعراف القانون" Common Law

معللاً. هكذا تكون الحال عندما يشار الى تطبيق اجراءات المحاكمة الفرنسية التي تفرض هذا التعليل[215].

ويمكن الملاحظة أن الامتناع عن التعليل، هو في طريق الزوال في مادة التحكيم الدولي. ففي انكلترا نفسها، وبسبب المصاعب التي يلاقيها تنفيذ القرارات التحكيمية غير المعللة في المجال الدولي، فان قانون 1979 التحكيمي قد خطا خطوة كبيرة في هذا الاتجاه. اذ نص بأن الفرقاء أو المحكمة العليا يمكنهم ان يطلبوا من المحكمين، أن يعللوا قراراتهم التحكيمية[216].

وأخيراً وفيما يتعلق بمبدأ سرية المذاكرات، أو بمدأ الأغلبية، فان قانون التحكيم يربط القواعد التي يجب أن تتقيّد بها القرارات التحكيمية بارادة الفرقاء، سواء عبّر عنها الفرقاء بصورة مباشرة أو غير مباشرة. وفي الحالة التي لا يكون فيها مثل هذا التعبير، فان للمحكمين أن يضعوا بحرية اجراءات المحاكمة، على أن يكونوا ملزمين في مطلق الأحوال، بالتقيّد بالنظام العام الدولي.

هل يقتضي ان تكون المذاكرات سريّة؟ اذا لم يبد الفرقاء موقفهم بهذا الصدد، سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة، فان المسألة لا

215- المادة 1471 المعطوفة على المادة 1495 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي.

216- المادة 1 (5) من قانون التحكيم الصادر عام 1979.

تكون معلقة الا على ما يجيزه النظام العام الدولي وما يمنعه، أو بالرأي الذي يكّونه المحكم، ومن ثم الرأي الذي يكوّنه القاضي الفرنسي. لأن لهذا الاخير صلاحية الغاء القرار التحكيمي الذي يناقض النظام العام.

2- القواعـــد المطبّقة على الأســـاس :

ينتج عن قانون التحكيم الدولي الجديد، "ان المحكم يعمد الى فصل النزاع وفق قواعد القانون الذي يختاره الفرقاء. وفي حال الافتقار الى هـــذا الخيار، فبموجب القواعد التي يراها مناسبة. وهـــو يأخذ بعين الاعتبار كل الاعراف التجاريـــة"[217].

"يصـــدر المحكم قراراته التحكيمية كمحكم بالصلح، اذا كانت الاتفاقية التحكيمية قد عهدت اليه بهذه المهمـــة"[218].

المبدأ اذاً ان يكون المحكم وفقاً للقانون، والاستثناء يجب ان يعبّر عنه في ارادة واضحة من قبل الفرقاء، في ان يكون التحكيم بالصلح.

وقـــد نصّت المادتان 1496 و1497 على اربع قواعـــد[219] :

- توسّع في سلطان ارادة الفرقاء، في اختيار القانون الذي يجب ان يطبق لحسم النـــزاع.

217- المـــادة 1496 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

218- المـــادة 1497 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

219. Bellet et Mezger, Rev. Crit. D.I.P., 1981, p. 630.

- تـــوسّع في استقلالية وحرية المحكمين.

- الـــزام باحترام الاعراف التجاريـــة.

- تـــوسّع في صلاحيات المحكم بالصلح.

أ- سلطـــان ارادة الفرقاء في اختيار القانون المطبق على أســـاس النـــزاع.

لا تمكّن المادة 1496 من اختيار هذا القانون أو ذاك فحسب، بل اختيار "قواعد قانونية" الأمر الذي يعني ان الفرقاء هم احرار في تحديد مزيج قانوني، والتخلص من أية قاعدة الزامية، لجميع التشريعات ذات العلاقة، باستثناء القواعد الفرنسية المتعلقة بالنظام العام الـــدولي، التي يلجأ لها احد الفرقاء عندما يطلب تنفيذ القرار التحكيمـــي[220] .

ب- استقلاليـــة وحريـــة المحكمين

المحكمـــون غير ملزمين بتطبيق نصوص القانون، الذي يقتضي تطبيقه لأنه القانون الملائم، بل ان لهم الحرية نفسها التي يتمتع بهـــا الفرقاء، في اختيارهم للقواعد القانونية التي يرون انها ملائمة، والتي تتناسب بشكل افضل مع التوقعات المشروعة للفرقـــاء.

ج- مـــوجب احترام الأعراف التجاريـــة.

220. Bellet et Mezger: op. cit., p. 631 ; V. Derains : op. cit., p. 75.

وفقاً لتفكير المشترع، فان الاعراف تحل في التجارة الدولية، محل القانون الذي يقتضي تطبيقه[221]. ويقتضي على المحكم، في كل الأحوال أن يأخذها بعين الاعتبـــار.

د- التحكيم بالصلح

عمد قانون التحكيم الفرنسي الدولي، على غرار قانون التحكيم الداخلي، الى ترك امكانية لجوء الفرقاء الى التحكيم بالصلح، ولكنه ذهب في هذا النطاق ابعد بكثير من قوانين التحكيم، التي قيّدت حرية الاختيار بالقانون المطبق على التحكيم اذ قيدت اللجوء الى التحكيم بالصلح بأن يكـــون مجازاً في القانون المطبق على التحكيم، فاذا كان القانون الانكليزي هو المطبق فلا يجوز اللجوء الى التحكيم بالصلح ويجب ان يكون التحكيم بالقانـــون.

وعلـــى العكس من ذلك فان القانون الفرنســـي لم يأخذ بعين الاعتبار، القانون المطبّق على التحكيم، مقراً بحق اللجوء الى التحكيم بالصلح، حتى ولو كان ذلك القانون المطبق لا يجيزه.

وكذلك الامر فقد عمد قانون التحكيم الدولي الى ربط امكانية الاختيار هذه، بوقت معيّن أو بمرحلة معيّنة من مراحل النزاع، وفقاً لما

221. Bellet et Mezger: op. cit., p. 633 ; v. Goldman ; « La Lex Mercatoria dans les contrats et arbitrages internationaux », Clunet 1979.475.

ذهب اليه القانـــون البلجيكـــي[222]، الذي لا يعتبر التحكيم بالصلح سارياً وصحيحاً، الا اذا كان الفرقاء قد اعتمدوه في مرحلة لاحقـــة لنشوء النزاع، وليس في مرحلة سابقة من خلال شرط تحكيمـــي.

وليس المحكم بالصلح مجبراً على اصدار قراراته وفقاً لقواعد القانون، وذلك يحتوي، بالنسبة للمادة 1496 من قانون المرافعات المدنية الجديد، ليس فقط على قوانين الدولة، بل ايضاً على الاعراف التجارية. وينتج أيضاً عن أحكام المادة 1502 من قانون المرافعات المدنية، ان المحكـــم، في التحكيـــم بالصلح، ليس مجبراً على تطبيق قواعد النظام العام، لأن خرق أحكام النظام العام الدولي وحدها، هو الذي يؤدي الى الغـــاء القرار التحكيمـــي[223].

3- قـــوة القضية المقضية – تفسير الاحكام–تصحيح الأخطـــاء :

انطلاقاً من ان المادة 1500 من قانون المرافعات المدنية الجديد قد أعلنت عـــن تطبيقها لمضمون المادة 1476، يستنتج مـــن ذلك ان القرارات التحكيمية الصادرة في مادة التحكيم الدولي أو في الخارج، هي مؤهلة لأن تستفيد من قوة القضية المقضية بحكم القانـــون.

222– المـــادة 1683 من القانون القضائـــي.

223. Derains: op.cit.; J. Robert: op.cit. p. 302.

بالنسبة للقرارات التحكيمية الصادرة في فرنسا، فانها تكتسب قوة القضية المقضية بمجرد صدورها. وعكس ذلك، بالنسبة للقـرارات التحكيمية الصادرة في الخارج، والتي لا يمكن ان نعرف مسبقاً انهـا ستلجـأ الى القانون الفرنسي، فان اكتسابها قوة القضية المقضية لا يتم الا عند حصولها على الصيغة التنفيذيـة[224].

وفي مـادة التحكيم الداخلي، فان القانون يعطي للمحكم، كما سبق ورأينا، سلطة تفسير القرار التحكيمي، وتصحيح الأخطـاء التي تشوبـه[225].

ولكن قانون التحكيم الدولي لا يشير الى هذا النص، ولا يمكن ان تطبّق أحكام قانون التحكيم الداخلي على التحكيم الدولي. يستتبع ذلك انه اذا رفعت يد المحكم عن النزاع المعروض علـى التحكيـم الدولي، فان سلطة تفسير القرار التحكيمـي، أو تصحيح أخطائه، تصبح تابعة الى قانون اجراءات المحاكمة الذي طبّق علـى التحكيم. ولكن، من المؤكد انه عندما وضع قانون التحكيم الفرنسي الدولي القواعد الالزامية، المستقاة من قانون التحكيم الداخلـي[226]، قواعد

224. Robert, op.cit., p. 307.

225 - المـادة 1475 من قانون المرافعات المدنية الفرنسـي.

226- المـادة 1500 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي تنص على ان المواد 1476 الى 1479 تطبق علـى التحكيم الدولـي.

ذات ارتباط بالقضية المقضيـــة، والصيغة التنفيذية، وتعليل القـــرار التحكيمي وتنفيذه المؤقت، فانه لم يدخل ضمنها تلك المتعلقة بالسلطة المعطاة للمحكم، بتفسير وتصحيح اخطاء القرار التحكيمي. فهـــل يعني ذلك ان المشترع لم يعترف للمحكم بهذه الصلاحية في مـــادة التحكيم الـــدولي، أو هل يقتضي الحاق هذه الصلاحية، بالحريـــات الواسعة الممنوحة للمحكـــم؟

ثالثـــاً: في القانـــون الجديـــد

1- أنـــواع الأحكـــام التحكيميـــة

فرق قانون التحكيم الجديد بين الحكم النهائي والحكم الجزئي والحكم التحضيري وجعل هذه الاحكام قابلة للتنفيذ بأمر يصدر عن رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها ويودع أصل هذا الحكم في أمانـــة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمه التعجيـــل[227].

أما التدابير المؤقتة والتحفظية فقد تركها القانون الداخلي الجديد لاختصاص القضـــاء.

أما قانون التحكيم الدولي الجديد فقد اجاز للمحكمة التحكيمية أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية الا اذا اختار سلطان الارادة غير ذلك[228]

227- المـــادة 1035 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

228- المـــادة 1046 الفقرة الاولى من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

واعتـــرف القانون الدولي الجديد بالحكم الأولي[229] وترك لسلطـــان الارادة ان يرسم في هذا الحقل، فيكون الحكم الجزئي ومن باب اولى الحكم الاولي والحكم التحضيري، احكام مجازة في التحكيم الدولي اذا طبق قانون التحكيم الجزائري، الا اذا اختار سلطان الارادة غير ذلك وحصر الفصل بالنزاع بالحكم النهائي وحـــده.

2- الحكـــم بالصلح والحكم بالقانـــون :

الملاحظ ان قانون التحكيم الداخلي والدولي قد تجاهلا التحكيم بالصلح وحصر التحكيم بالتحكيم بالقانون. ولكن قانون التحكيـــم الدولي ترك لسلطان الارادة حرية اختيار الاجراءات الواجب اتباعهـــا في الخصومة والا فالمحكمون يحددون الاجـــراءات.

لم يمنع قانون التحكيم الدولي ان يحيل سلطان الارادة أو ضبط المحكمين للاجراءات، وليس ما يمنع في القانون الجديد الاحالـــة الى تحكيم بالصلح، ويكون التحكيم بالصلح والعدل والانصاف نابعاً من سلطـــان الارادة والحرية المتاحة لسلطان الارادة في اختيار اجراءات المحاكمة التي فيها تحكيم بالصلح أو ضبط المحكمين لنظام تحكيمـــي يكون فيه تحكيم بالصلح والعدل والانصـــاف. واذا كان التحكيم بالصلح فيجب ان يراعي الحكم كل قواعد التحكيم بالصلح ولا يشذ

229- المـــادة 1044 الفقرة الثانية من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

علـــى القواعد الاساسية للدعوى من حيث الوجاهية وحق الـــدفاع والمســـاواة بين الطرفين.

3- تسبيب الحكم :

القانون الجديد صريح بإلزام الحكم التحكيمي بالتسبيب[230] وفي التحكيم الدولي يعتبر عدم التسبيب سبباً لإبطال الحكم التحكيمي[231] فيكون قانون التحكيم الجزائري الدولي قد تبنى لزوم التسبيب خلافاً للقانون التحكيمي الفرنسي الدولي الذي لم يفرض هذا الشرط حتى لا يصطدم بالنظام التحكيمي الانكليزي الذي يجيز الأحكام بـــدون تسبيب.

4- البيانـــات الالزامية في الحكـــم :

الـــزم قانون التحكيم الداخلي الجديد بأن يتضمن حكم التحكيم البيانات الآتيـــة[232] :

1. اســـم ولقب المحكم أو المحكمين.
2. تاريخ صدور الحكـــم.
3. مكـــان اصـــداره.

230- المـــادة 1027 الفقرة الثانية من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

231- المـــادة 1056 الفقرة الخامسة من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

232- المـــادة 1028 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

4. أسماء والقاب الاطراف وموطن كل منهم وتسمية الاشخاص المعنوية ومقرها الاجتمـــاعي.

5. أسمـــاء والقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف عنـــد الاقتضـــاء.

لذلك يجب ان تتضمن احكام المحكمين عرضاً موجزاً لادعاءات الاطراف واوجه دفاعهـــم[233].

وكـــذلك يجب ان توقع احكام المحكمين من كل المحكمين الا المخالفين فيشار الى ذلك[234].

تـــرك قانون التحكيم الدولي لسلطان الارادة ان يحدد البيانـــات الالزاميـــة في الحكم التحكيمي بالاحالة في نظام تحكيمي أو قانـــون تحكيمـــي. وفي كل الاحوال فلا يتصور حكم تحكيمي دولي يأخذه طرفيـــه الى التنفيـــذ :

1. اذا لم يتضمـــن اسم المحكم أو المحكمين لمراقبة استقلاليتهـــم وحيادهـــم.

2. تاريخ صدور الحكم والا فكيف يعرف اذا كان الحكم قد صـــدر ضمن مهلة التحكيم أم لا؟

233- المـــادة 1027 الفقرة الاولى من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

234- المـــادة 1029 الفقرة الثانية من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

3. مكـــان اصداره لأنه اذا لم يبين مكان اصداره فكيف ستعرف المحاكـــم المختصة للمراجعة لديها في طلب ابطاله مثلاً؟

4. أسمـــاء اطراف النزاع وعناوينهم.

5. أسمـــاء المحامين.

وبالطبع يجب ان يكون الحكم التحكيمي الدولي موقعاً. فهـــذه البيانات الالزامية هي أسس عضوية ينهض على متنها الحكم التحكيمي وايا كـــان الخيار الذي مارسه سلطان الارادة فلا يمكنه ان ينفك عن هذه البيانات الالزامية لأن غيابها يفقد الحكم فعاليتـــه.

5- الأكثريـــة أم الاجمـــاع :

قانـــون التحكيم الداخلي الجديد نص صراحة على أن الأحكام التحكيمية تصدر بأغلبية الاصوات[235] وتوقع من المحكمين وفي حـــال امتناع الاقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين الى ذلك ويرتب الحكم اثـــره باعتباره موقعاً من جميع المحكمين[236].

أمـــا في التحكيم الدولي فقد كان القانون السابق يشترط توقيع أكثرية المحكمين على الحكم، الا ان القانون الجديـــد لم يتعرض لا للأكثرية ولا للاجماع ولا للتوقيع وترك لسلطان الارادة ان يعبر عن

235- المـــادة 1026 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

236- المـــادة 1029 الفقرة الثانية من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

خياره فيكون سلطان الارادة هو الذي سيحدد في كل تحكيم هـــل الأكثريـــة مطلوبة أم الاجمـــاع؟

6- تصحيح الحكـــم :

في قانـــون التحكيم الداخلي الجديد ترتفع يد المحكم عن النزاع بمجرد اصدار الحكم الذي يفصل في النزاع، غير انه يمكن للمحكم تفسير الحكم او تصحيح الاخطاء المادية او الاغفالات التي تشوبـــه.

فـــاذا كان طلب التصحيح أو التفسير وارداً ضمن مهلة التحكيم فان الطرف طالب التصحيح أو التفسير يتوجه الى المحكم، أمـــا اذا كانت مهلة التحكيم قد انقضت فيتوجه الى القضاء اذا لم يتوافق على التمديـــد مع الطرف الآخر ليطلب منه تحديد المهلة فاذا رد طلب التمديد ينظر القضاء بأمر التفسير او التصحيح ويبت بـــه.

أمـــا في التحكيم الدولي فان الحكم الذي يحتاج الى تفسير او تصحيح، اذا كان صادراً في الجزائر، يتبع الطريق الذي يتبعه الحكم التحكيمي الداخلي، أما اذا صدر في الخارج او صدر استناداً الى نظام او قانون غير القانون الجزائري فان هذا النظام او هذا القانون يحدد طريقة تصحيح وتفسير الاحكام التحكيميـــة.

7- قـــوة القضيـــة المقضيـــة :

في التحكيم الداخلي تحوز أحكام التحكيم، وفقاً للقانون الجديد، حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما خص النزاع المفصول فيـــــه[237].

قانون التحكيم الدولي السابق كان ينص على الاعتراف للحكـــم التحكيمي "فور صدوره حجية الشيء المقضي فيه المتعلق بالنزاع الذي فصل فيـــه"[238].

ولكن القانون الجديد للتحكيم الدولي خلا من ذكر هذا التأكيد لحجية الشيء المقضي فيه وربما اعتمد على سلطان الارادة لملء هذا الفراغ في اختيار قانون تحكيم او نظام تحكيم. ولكن، ماذا لو اختار التحكيم تطبيق القانون الجزائري أو جرى التحكيم في الجزائر، هـــل يعتبر الحكم التحكيمي الصادر على هذا الاساس متكسياً حجيـــة الشيء المقضي به؟ ربما كانت العودة الى القواعد المطبقة أمام القضاء والتي تعطـــي الحكم القضائي حجيـــة الشيء المقضـــي به لتسعف الفراغ، اذا لم يكن سلطان الارادة قد مارس خياراً واعتمد ما يملأ هذا الفـــراغ.

237- المـــادة 1031 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديـــد.

238- المـــادة 458 مكرر 16 الفقرة الثانية من القانـــون السابق.

المبحـــث الخـــامس

تنفيـــذ الحكـــم التحكيمـــي

أولاً : في القانـــون السابق

حسب القانـــون التحكيمي الداخلي السابق يطلب تنفيذ القرار التحكيمي النهائي، بعد ايداعه ديوان المحكمة ويصدر رئيس المحكمة التي صدر القرار التحكيمي في نطاقها، أو رئيس المحكمة الاستئنافيـــة، اذا كان القرار التحكيمي قابلاً للاستئناف قراراً بالصورة الرجائية باعطاء صيغة التنفيذ وهو قرار يجب أن يصدر فور ايداع القرار التحكيمـــي وبنـــاء على طلب. لكن واقع الحال هو ان المستفيد من تنفيذ القرار التحكيمي هـــو الذي يقدم طلب الحصول على صيغة التنفيذ[239].

وحسب القانون يصدر قرار رئيس المحكمة باعطاء صيغة التنفيـــذ على هامش آخر صفحة من قرار التحكيم، ويفوض هذا القرار كاتب المحكمة تسليم القرار على شكل صالح للتنفيـــذ[240].

المشـــرع الجزائري يؤكد على أن صيغة التنفيذ للقرار التحكيمي الداخلي لا تعني الا طراف العقد التحكيمي ولا تنفذ على الغير الذي لا علاقة تعاقدية له بالاتفاق التحكيمـــي[241].

239.Mohand Issad, Yearbook of Commercial Arbitration, Vol. IV, 1979, p. 11.

240- المـــادة 453. اجراءات مدنية جزائري ســـابق.

241- المـــادة 454. اجراءات مدنية جزائري سابق.

والفقـــه والاجتهاد يعتبران ان القرار التحكيمي الداخلي الـــذي يطلب اعطاؤه صيغة التنفيذ، لا يكون القاضـــي مخولاً خلال ذلك بالتصدي لأساس النزاع ولكن بمراقبة مدى مطابقة القرار التحكيمي للنظام العـــام.

وحسب القانون السابق اذا اعطى القاضي الصيغة التنفيذية فـــان حكمـــه يجب ان يبلغ، وتاريخ هذا التبليغ هو المعتمد لحساب مهل المراجعـــة. يبقى هذا التبليغ ضرورياً ولو لم يرد نص حوله لأن قرار الصيغة التنفيذية قد اتخذ بالصورة الوجاهية، اي بأن يستدعي الطرف خصمه للمحكمة لصدور قرار الصيغة التنفيذية بوجهـــه.

أما قانون التحكيم الدولي السابق فقد صدر بعد ان كانت الجزائر قد انضمت الى اتفاقية نيويورك لتنفيذ الأحكام التحكيمية الاجنبية والى معاهـــدة حسم منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى (ICSID) وكذلك كثير من الاتفاقات الدولية الثنائيـــة.

وكـــان القانون السابق يشترط حيازة الحكم التحكيمي الأجنبي على صيغة التنفيذ في بلد المنشأ حتى يصار الى اعطائه صيغة التنفيذ في الجزائر ولكن انضمام الجزائر الى اتفاقية نيويورك غيّر الوضع فلم يعد الحكم التحكيمي بحاجة الى صيغة تنفيذ في بلد المنشـــأ.

ثانيـــاً: في القانـــون الفرنســـي

فقـــرة أولى : في التحكيم الداخلـــي :

للتمكن من تنفيذ القرار التحكيمي، يقتضي اكسابه الصيغة التنفيذية، ممنوحـــة اليه من السلطات القضائية المختصة التابعة للدولة. ولهـــذا الغـــرض، يقتضي ايداع أصل القرار التحكيمي لدى قلم المحكمـــة البدائيـــة، التي صدر القرار في نطاقها. ويجري الايداع من قبل أحـــد المحكمين، أو من قبل الفريق الأكثر عجلة، ويقتضي ان يرفق به نسخة عن الاتفاقية التحكيميـــة[242].

ان المشتـــرع، قد هدف من ايداع القرار وفقاً لما ذكر (دون ان يحدد لذلك مهلة معيّنة) الى تحقيق غايتين :

- اعطـــاء تاريخ صحيح للقرار التحكيمـــي.
- رفع يـــد المحكمين عملياً عن القضية التحكيميـــة.

مع الملاحظـــة ان عدة تشريعات في أكثر من بلد، قد فـــرضت كيفيات أخرى للتنفيذ، تؤدي الى نفس النتيجة. وهكذا، فان المشترع الايطـــالي مثلاً، يفرض تصديق القرار التحكيمي من قبل القاضـــي، ويعتبر ان التاريخ الذي يعتد به، هو تاريخ هـــذا التصديق، دون ان يكون القرار قبل ذلك الا مجرد مشروع. والمشترع الاسباني يفـــرض

242- المـــادة 1477 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

تصديق القرار التحكيمي من قبل الكاتب العدل. أما المشترع الالماني فقد اعتمد الكيفية نفسها التي اعتمدها المشترع الفرنسي، اذ انه فرض ايداع القـــرار التحكيمي في قلم المحكمة، وعنـــد هذا الايداع فقط، يصبح مشروع القرار التحكيمي قراراً. ان الاجراءات المذكورة هي رجائية، ويكون القاضي الذي قدّم اليه طلب التنفيذ، أمام احتمالين :

أ- امـــا منح الصيغـــة التنفيذيـــة.

ب- أو رفضهـــــا.

1- الوضعيـــة الأولى: منح الصيغة التنفيذيـــة

القـــرار الذي يمنح للقرار التحكيمي صيغته التنفيذية، لا يكـــون معللا. وتكون الصيغة التنفيذية ناتجة عن الختم والتوقيع الحاصل على وثيقة القرار[243]، وهو غير قابل لأية وسيلة من وسائل المراجعـــة[244].

وهكذا فان القانون قد تضمن جديداً متمثلاً في انه يميّز بين قرار القاضي بمنح الصيغة التنفيذية، الذي لا يكون خاضعاً لأية وسيلة من وسائل المراجعة، وبين القرار التحكيمي الذي تمكن المراجعة القضائية بشأنه، عن طريق طلب الابطال، أو عن طريق الاستئناف في الحالات التي يتفق فيها الفرقاء على ان القرار التحكيمي يمكن استئنافه. وبعد

243- المـــادة 1478 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

244- المـــادة 1488 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

أن قرر المشترع ان القرار الذي تعطى الصيغة التنفيذية بموجبه، هـــو غير قابل لأية طريقة من طرق المراجعة أضـــاف : "على كل، فـــان الاستئناف، أو طلب الابطال يحتوي حكماً، وفي حدود تسلم المحكمة للقضية، على مراجعة قرار قاضي التنفيذ، أو طلباً برفع يده عن القضية".

وفي كـــل الاحوال، فان القرار الذي يمنح التنفيذ لا يكون سارياً، الا بعد شهر من تاريخ ابلاغه، وهي مهلة يتمكن فيها الفريق الآخـــر من الطعن بالقرار من خلال طلب ابطاله، أو من خلال تقديم استئناف، في الحالة التي يكون فيها الفرقاء قد اتفقوا على ان القرار التحكيمي يمكن استئنافه. وبالطبع، فان المراجعة توقف تنفيذ هذا القـــرار[245].

2- الوضعيـــة الثانية : رفض منح الصيغة التنفيذيـــة

لا يمكـــن للقاضي رفض منح الصيغة التنفيذية، الا اذا كان القرار التحكيمي مخالفاً للنظام العام بصورة واضحة وظاهرة دون ان يكون لهذا القاضي الحق بمراجعة القضية مجدداً، والتصدي لاساس النـــزاع، الأمر الذي يتطلب في حال حصوله محاكمة وجاهيـــة[246].

وفي الحالـــة التي يرفض فيها القاضي منح الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمـــي، يقتضي أن يكون قراره بالرفض معللا، ومثل هذا القرار

245- المـــادة 1486 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

246. J. Robert, Op. Cit. p. 189.

الـــرافض هو قابل لطرق المراجعة عكس القرار الذي يمنح الصيغـــة التنفيذيـــة.

ان المهلـــة الممنوحة لاستئناف قرار الرفض هي شهر، اعتباراً من تاريخ ابلاغـــه، وتتم الاجراءات الاستئنافية لدى محكمة الاستئنـــاف بشكل وجاهـــي[247].

ان رد الاستئنـــاف أو رد طلب الابطـــال، يمنح الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمـــي[248].

3- التنفيـــذ المؤقت للقرار التحكيمـــي

في الحـــالات الطارئة، أو في أية حالة تتطلب السرعة، يمكـــن للمحكم اعطاء القرار صيغة التنفيذ المؤقت، وغالباً مقابل كفالـــة.

"ان القواعد المتعلقة بتنفيذ الاحكام المؤقتة تسري على القرارات التحكيميـــة".

"في حالـــة الاستئناف أو طلب الابطال، يمكن للرئيس الاول، أو للقاضـــي الموجل اليه الأمر التنفيذي، منح الصيغة التنفيذية للقـــرار التحكيمي، متلازمة مع التنفيذ المؤقت. ويمكنه كذلك، الأمر بالتنفيـــذ

247- المـــادة 1489 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

248- المـــادة 1490 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

المؤقت ضمن الشروط المحددة في المادتين 525 و526. وان قراره بهذا الصـــدد يساوي الصيغة التنفيذيـــة"[249].

فقـــرة ثانية : في التحكيم الـــدولي

عالج قانـــون التحكيم الدولي، على المستوى نفسه، موضـــوع الاعتراف بالقرارات التحكيمية الصادرة في الخارج، أو في مـــادة التحكيم الدولي، وتنفيذها اجبارياً، ووسائل المراجعة بصددهـــا[250].

وهكذا، فان قانون التحكيم الدولي قد اوجد وضعاً جديداً رغم تصديق فرنسا لاتفاقية نيويـــورك، فقد كان القانون الفرنسي السابق صامتاً بصدد الامكانية التي للقاضي للاعتراف بقرار تحكيمي ما، دون ان يعمد الى منحه الصيغة التنفيذيـــة.

ويتميز الاعتراف بالقرار التحكيمي عن منحه الصيغة التنفيذية بأن القرار بشأنه ينحصر في مراقبة قانونية القرار التحكيمي والاعتراف له بقـــوة القضية المقضيـــة، دون أن يعمد القاضي الى منحه الصيغـــة التنفيذيـــة[251]. وفي الغـــالب، فان الاعتراف بالقرار يكون "عارضـــاً،

249- المـــادة 1479 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

250- العنـــوان الرابع من الكتاب الرابع (التحكيم) : المـــواد 1498 الى 1507 من قانون المرافعات المدنيـــة الفرنســـي.

251 P. Mayer: L'insertion de la sentence dans l'ordre juridique français; Droit et pratique de l'Arbitrage International en France, FEDUCI 84, p. 85

وذلك ناشئ عن ان طلب الاعتراف يأتي عارضاً في طلب رئيسي آخر، لهذا يكون دوره محدوداً[252].

ومن جهة أخرى فان اجراءات المحاكمة الهادفة للاعتراف بقرار تحكيمي أو تنفيذه، والمحددة في المواد 1498 الى 1500 من قانون المرافعات المدنية هي معتمدة سواء بالنسبة للقرارات التحكيمية الصادرة في الخارج-في مادة التحكيم الدولي أو غيرها-أو الصادرة في فرنسا أو في الخارج.

ولكن ووفقاً لما يذهب اليه بعض المؤلفين القانونيين[253] فان التطابق ليس كاملاً وهو يتوقف أمام موضوع وسائل المراجعة.

وفي هذا الصدد يمكن الاشارة الى "ابتعاد قانوني" délocalisation juridique، بصدد القرارات التحكيمية الصادرة في مادة التحكيم الدولي، بمعنى انه لا ينظر اليها على انها اعمال مرتبطة بنظام قانوني معيّن، بل بأنها اعمال خاصة[254].

- فمن جهة، القرارات التحكيمية الصادرة في فرنسا، في مادة التحكيم الدولي، لا يمكن اعتبارها بمثابة حكم فرنسي وهي غير

252 Jean Robert, Op. Cit. p. 313-314.

253. BELLET et MEZGER, Rev. Crit D.I.P. 1981, p. 636.

254. MAYER, Op. Cit. p. 82 et suiv.

خاضعة للاستئناف، ولا يمكن بصددها الا اللجوء للمطالبة بإبطالها، الأمـــر الذي يقرّب ما بينها وبين العقـــود[255].

- ومن جهة ثانية، فان القرارات التحكيمية الصادرة في الخارج، ليست بمثابة حكم أجنبي، الأمر الذي كان يقتضي أن يقود قاضـــي التنفيـــذ الى التحقق من كونها صحيحة، وقابلة للتنفيذ في البلد الذي صدرت فيه، بل هي بمثابة عمل خاص يقدره القاضي التنفيذي بكثير مـــن الحريـــة.

وهكـــذا، فان رقابة قاضي التنفيذ، هي نفسها بصدد القرارات التحكيميـــة الصادرة في الخارج وتلك الصادرة في فرنسا، بمـــادة التحكيم الـــدولي[256].

1- الاجـــــراءات :

ان منح الصيغـــة التنفيذية للقرار التحكيمي الدولي، هو خـــاضع لنفس اجـــراءات المحاكمة التي يخضع لها القرار التحكيمي الداخلي، وهـــو ينتج في الواقع من المادة 1500 من قانون المرافعات المدنيـــة

255. V. dans le même sens BELLET et MEZGER Op. Cit. p. 648.

256. Depuis l'arrêt Roses (Req. 27 Juillet 1937, S. 1938-I.25)
أخضع الاجتهاد القرارات التحكيمية الاجنبية لنظام الصيغة التنفيذية المبسطة الخاصة بالقرارات التحكيمية الداخليـــة.

الجديد، الذي يعتبر أحكام المادتين 1476 و1479 المتعلقتين بالتحكيم الداخلـــي، قابلتين للتطبيق.

– ان للقـــرار التحكيمي منذ صدوره، قوة القضية المقضية بصدد النزاع الذي فصلـــه[257].

– ان القرار التحكيمي ليس قابلاً للتنفيذ الجبري، الا بموجب قرار منحـــه صيغة تنفيذية صادرة عن المحكمة البدائية، التي صدر القرار في نطاقها. وان قاضي التنفيذ هو الذي يصدر قرار منح الصيغة التنفيذية[258].

واذا كـــان القرار قد صدر خارج فرنســـا، فان القاضي المختص مكانيـــاً هو القاضي الذي يقع التنفيذ في نطاق صلاحيتـــه.

– تدرج الصيغة التنفيذية على الوثيقة الاصلية للقرار التحكيمي المطلوب تنفيـــذه[259].

– ان القـــرار الذي يرفض اعطاء الصيغة التنفيذية، يقتضـــي أن يكـــون معللاً[260].

257– المـــادة 1476 مـــن قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

258– المـــادة 1477، الفقـــرة 1، من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

259– المـــادة 1478، الفقـــرة 1، من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

260– المـــادة 1478، الفقـــرة 2، من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

ان القواعـــد المتعلقة بالتنفيذ المؤقت للأحكام القضائية، تطبّق علـــى القرارات التحكيميـــة[261].

2- الشـــــروط :

"تعترف فرنسا بالقرارات التحكيمية، اذا تم اثباتها من قبل الجهة التي تستفيد منها، واذا كان الاقرار بها لا يخالف النظام الدولي العـــام مخالفـــة صريحـــة، ويتم اعتبار تلك القرارات قابلة للتنفيذ من قبـــل قاضـــي التنفيـــذ"[262].

مـــن ذلك يظهر ان هناك شرطين للاعتراف بالقرار التحكيمـــي واعطائه الصيغة التنفيذيـــة :

أ) شـــرط مـــــادي :

يقتضي اثبات وجود القرار التحكيمي، من قبل الجهة التي تستفيد منـــه، "وهذا الوجود يتمثل في تقديم أصل القرار، مرفقاً بالاتفاقيـــة التحكيميـــة.

واذا كانت هذه المستندات غير محررة باللغة الفرنسية، يقتضي ان ترفق بترجمة لها، من قبل مترجم محلف مسجل على لائحة المترجمين المحلفين[263].

261- المـــادة 1479، الفقـــرة 1، من قانون المرافعات المدنية الفرنسي.

262- المـــادة 1498 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

263- المـــادة 1499 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

ب) شـــرط قانـــوني :

يقتضـــي الا يكون الاعتراف او تنفيذ القرار التحكيمي، مخالفـــاً للنظام الدولي العام بصورة واضحـــة.

وما يميز قانون التحكيم الدولي عن قانون التحكيم الداخلي بهذا الصـــدد، ان التحكيم الدولي يقلّص هذا التفحص الى حـــده الأدنى، وكل ما هو مطلوب من القاضي عند نظره في القرار التحكيمي، هـــو التحقق مما اذا كان يحتوي على خرق واضح وفاضح للنظام الدولي العـــام، دون ان يكون له الحق في الغوص في ما يتعـــدى ذلك.

وهكذا فان القانون الفرنسي يذهب الى أبعد مما ذهبت اليه اتفاقية نيويـــورك، لأن القاضـــي الفرنسي الموكل اليه أمر النظر في القـــرار التحكيمي، بهدف منحه الصيغة التنفيذية، ليس مسموحاً لـــه رفض منح هذه الصيغـــة، الا في الحالة التي يتضمن فيها القرار خرقاً واضحاً للنظام الدولي العـــام.

وفي كـــل حال، ووفقاً لبعض الكتّاب الحقوقيين[264]، فان النظر في هذا الخرق الواضح لا يكفي في كل الحالات، "ويقتضي الاقرار انه في حال افتراض طلب طارئ للاعتراف بالقرار التحكيمـــي، خلال المحاكمـــة الوجاهية، فان للمحكمة الصلاحية للنظر في جميع الدفوع

264. BELLET et MEZGER, Op. Cit. p. 638.

المقدمة من قبل الفريق المعترض على ذلك، والتي يتم قبولها بموجب المادة 1502".

ثالثاً: في القانون الجديد

في تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي، تبنى القانون الجديد نفس القواعد للتحكيم الداخلي كما للتحكيم الدولي[265] وهكذا :

1- يكون حكم التحكيم، النهائي أو الجزئي أو التحضيري، قابلاً للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها ويودع اصل الحكم في امانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمه التعجيل[266].

2- يمكن للخصوم استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور قرار الرفض[267].

3- يسلم رئيس أمناء الضبط نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف[268].

4- تطبق القواعد المتعلقة بالنفاذ المعجل للأحكام على أحكام التحكيم المشمولة بالنفاذ المعجل[269].

265- المادة 1054 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي.

266- المادة 1035 الفقرة الأولى من قانون المرافعات المدنية الفرنسي.

267- المادة 1035 الفقرة الثالثة من قانون المرافعات المدنية الفرنسي

268- المادة 1036 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي.

5- لا يحتج بأحكـــام التحكيم تجاه الغير[270].

والملاحظ انه اذ احال قانون التحكيم الدولي الجزائري الجديد على قانون التحكيم الداخلي في تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية الا أن هذا الموضوع يبقى عائداً لاتفاقية نيويورك لتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية التي تعلو على القوانين لأن الجزائر انضمت اليها، لهذا فـــان تنفيذ أحكام اتفاقية نيويورك لتنفيذ الاحكام التحكيمية الأجنبية هي التي ترعى تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية، فماذا في اتفاقية نيويورك؟

تتميـــز اتفاقية نيويورك بالخصائص الأساسية الآتيـــة :

أ- رغـــم ان عنوان الاتفاقية هو «الاعتراف بأحكام التحكيـــم الأجنبية» وتنفيذها إلا أن الحقل الذي عالجته كان أكبر بكثير مـــن هـــذا العنـــوان.

ب- الاتفاقية تطبق على «أحكام المحكمين التي لا تعتبر وطنية في المطلوب اليها ذلك». وهكذا أصبح بالامكان ان يجري تحكيم أجنبي على أرض البلد ذاته ويصدر بنتيجته حكم تحكيمي أجنبي ويطلب من القضاء الوطني لهذا البلد اعطاء صيغة التنفيذ لهذا الحكم. فصـــار بالامكان مثلاً ان يجري في مصر تحكيم مصري داخلي تطبق عليـــه المحاكم قواعد نظام التحكيم الداخلي المصري، وتحكيم دولي أو أجنبي

269- المـــادة 1037 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

270- المـــادة 1038 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

تطبق عليه المحاكم قواعد اتفاقية نيويورك لتنفيذ الاحكام التحكيمية الأجنبيـــة.

ج- تضمنت اتفاقية نيويورك اول شهادة اعتراف رسمية بمراكز التحكيم الدوليـــة، اذ نصت على أنه يقصد "بأحكام المحكمين" ليس فقط الاحكام الصادرة عن محكمين معينين للفصل في حالات محددة بل ايضاً الاحكام الصادرة عن هيئات دائمة يحتكم اليها الأطـــراف.

د-يمكن أن ينحصر تطبيق الاتفاقية على الدولة المنضمة «بالتجارة» وفقاً لمفهوم قوانين هذه الدولة للتجـــارة.

هـــ- فرقت الاتفاقية بين الشرط التحكيمي والاتفاق التحكيمي اللاحق للنزاع واعتبرتهما شكلين مشروعين للعقد التحكيمي، ونصت على ان العقد التحكيمي ينزع اختصاص محاكم الدولة مكرسة بذلك آثار العقد التحكيمي في اتفاقية دوليـــة.

والثـــورة التي حققتها اتفاقية نيويورك، التي تبنتها منظمة الأمـــم المتحدة سنة 1958، كانت في انها قلبت عبء الاثبات بالنسبة للحكم التحكيمـــي الدولي أو الاجنبي، مقارنة باتفاقية جنيف لسنـــة 1927 للتحكيـــم الدولي التي تبنتها عصبة الأمم المتحدة والتي كانت سائدة قبلهـــا.

يكفي من أجل ذلك القاء ضوء على الوجهة الايجابية وضوء آخر على الوجهة السلبية لتنفيذ الحكم التحكيمي الدولي في اتفاقية جنيف، ثم مقارنة ذلك باتفاقية نيويـــورك.

كيف كـــان الوضع في اتفاقيـــة جنيف 1927 :

1- الوجهة الايجابية في تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي تلقي على عاتق الذي يطلب التنفيذ، اثبـــات :

أ-ان الحكم التحكيمي الدولي صادر بنتيجة عقد تحكيمي صحيح، ووفقاً للقانون المطبق (شرطاً تحكيمياً كان أو اتفاقاً لاحقاً للنـــزاع).

ب- ان موضوع النـــزاع الذي يحسمه الحكم التحكيمي الدولي بمقتضـــى قانون البلد المطلوب تنفيذه فيه هو من المواضيع القابلـــة للتحكيـــم.

ج-ان الحكم التحكيمي صادر عن محكمة تشكلت وفقاً لقانون ارادة الطرفين التي يجب ان تكون هي القانون المطبق على العقد، أو ان المحكمة التحكيمية تشكلت وفقاً لقانون ارادة الطرفين التي يمكن ألا تكون حتماً هي القانون المطبق على العقـــد.

د- ان الحكم التحكيمي الدولي أصبح نهائياً وغير قابل للمراجعة في البلد الذي صدر فيـــه.

هـــ- ان تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي ليس مخالفاً للنظام العام للبلد المطلوب فيه تنفيـــذه.

2- الوجهة السلبية، تجيز رد طلب تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي إذا وجد قاضي التنفيـــذ :

أ- ان الحكم التحكيمي الدولي قد ابطل في البلد الذي صدر فيه.

ب- ان في الحكم مساس بحق الدفـــاع.

ج- إذا لم يكـــن الحكم داخلا في حقل العقد التحكيمي، أو انه تجـــاوزه، أو انه لم يحسم كل نقاط النزاع التي يحيلها العقد التحكيمي على التحكيـــم.

وهكـــذا نلاحظ أن الوجهة السلبية لا تثير اعتراضات، باعتبارها تتعلق بعيوب خطيرة تفضي بالتأكيد الى تجريد الحكم من قوته، بينما الوجهـــة الايجابية تعرقل كثيراً سير تنفيذ الحكم التحكيمي الـــدولي لأنهـــا تلزمـــه :

أ- باثبات الوجود المادي للعقد التحكيمي وانطباقه على القانون الأجنبي المطبق عليـــه.

ب- صحـــة اجراءات التحكيم التي يجب أن تأتي تطبيقاً للقانون ذاتـــــه.

ج- اثبات انبرام مهل المراجعة لأو عدم قابلية الحكم التحكيمـــي للمراجعـــة، الأمر الذي يلزم طالب التنفيذ بالاستحصال على صيغة تنفيذ في البلد الصادر فيه الحكم التحكيمـــي.

الثورة التي حققتها اتفاقية نيويورك سنة 1958[271] انها قلبت عبء الاثبـــات، جاعلة من الحكم التحكيمي في يد الفريق الحائز عليـــه سندا ثابتاً يعتد به. من هنا فان مجرد تقديم الحكم التحكيمي مع العقد التحكيمي يشكل اثباتاً على وجود حكم «الزامي»، وينقل بعد ذلك عبء الاثبات المعاكس على المطلوب التنفيذ ضده، ولا يعود القاضي ملزماً باثارة ذلك من تلقاء نفسه، فصار الحكم التحكيمي مقبولاً حتى ثبوت العكس. وعبء هذا الاثبات هو على الطرف الجـــاري التنفيذ ضده والذي يجب، ليوقف تنفيذ الحكم، أن يأتي بالدليل على اثبـــات:

أ- ان أطـــراف العقد التحكيمي كانوا طبقاً للقانون الذي يطبق عليهم عديمي الأهلية مثلاً، أو كان العقد التحكيمي غير صحيح وفقاً للقانون الذي أخضعه له الأطراف. وعند عدم نص القانون على ذلك فطبقاً لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم، مما يعزز ارجحية سلطـــان الارادة على القوانين الداخليـــة. وهذا مكسب آخر تحققه اتفاقيـــة

271- كان البروفسور Sanders هو الذي وضع نص وروح اتفاقية نيويورك، كما وضع تلميذه Albert Jan Van Den Berg كتاباً حولها.

نيويورك، وهو خطوة ثورية في القانون الدولي للتحكيـــم.

ب- خرق حقوق الدفـــاع : فالمطلوب التنفيذ ضده هو الذي يجب ان يثبت خرق حق الدفـــاع.

ج- وعلى المطلوب التنفيذ ضده ان يثبت ان الحكم فصل في نزاع غير وارد في العقد التحكيمي أو تجاوز حدوده فيما قضى بـــه.

د- كذلك على المطلوب التنفيذ ضده ان يثبت ان تشكيل المحكمة التحكيميـــة أو اجراءات التحكيم مخالف للعقد التحكيمي. فاذا خلا العقد من ذلك فيجب الاثبات أن تشكيل المحكمة التحكيمية واجراءات التحكيم كانا مخالفين لقانون البلد الذي يجري فيه التحكيـــم.

وهكـــذا، بمقتضي اتفاقية نيويورك، فان قانون ارادة الطرفين هو الذي يرجح على قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم، والـــذي لا يطبق الا في حـــال خلو العقد التحكيمي من اختيار قانـــون معين لتطبيقه، بحيث ان اتفاقية نيويورك فكت الارتباط بين التحكيم الدولي وبين قانـــون البلد الذي يجري فيه التحكيم تاركة لارادة الطرفين سلطان اختيار القانون الذي يريدانـــه.

وهـــذا هو حجر الزاوية في الثـــورة. فالتحكيم الدولي يحتـــاج، لانطلاق سيره وازدهاره، إلى ان يكون لسلطان الارادة أسبقية علـــى القوانين الداخلية، ولا يرجح قانون داخلي في تحكيم دولي إلا إذا شاء

سلطان الارادة ذلك، أو إذا خلا العقد من خيـــار.

هـــ- يجب عـــلى المنفذ عليه، ليوقف مفعول الحكم التحكيمي الدولي ويمنع الحائز عليه من تنفيذه، ان يثبت ان الحكم التحكيمي لم يصبح بعد الزامياً، أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد الـــذي صدر هذا الحكم التحكيمي بموجب قانونه.

هكـــذا حصر مجال ابطال الحكم التحكيمي الـــدولي :

- في البلـــد الذي صدر الحكم فيه أو بموجب قانونـــه.

- في البلـــد الذي يطلب التنفيذ فيـــه.

وخارج هذين البلدين لم يعد بالامكان ابطال أو الغاء أو وقف الحكم التحكيمي في أي بلد في العالم لتعطيل تنفيذه، إلا في بلد تنفيذه بالطبع، إذا كان هناك أسباب تقبلها اتفاقية نيويـــورك.

رابعـــاً: في القانـــون الجديـــد :

القاضي الجزائري غير مقيّد بقرارات قاضي بلد منشأ الحكم التحكيمي الصادر خارج الجزائـــر

ولكن قانون التحكيم الدولي الفرنسي لا يقييد القاضي الجزائري بأحكام قاضي بلد منشأ الحكم التحكيمي الصادر خارج الجزائـــر والقانون الجزائري على نفس هذا المنوال يفك الارتباط بين قرارات

قاضي بلد منشأ الحكم التحكيمي وقرارات قاضي بلد تنفيذ الحكـــم التحكيمـــي.

فالمادة (1) 5 (هـــ) من اتفاقية نيويورك التي تنص على أن سبب عدم التنفيذ ان "الحكم لم يصبح ملزماً للخصوم أو ألغته أو أوقفتـــه السلطة المختصة في البلد التي فيها او بموجب قانونها صدر الحكم". هذه القاعدة لم يتبناها القانون التحكيمي الجديد الذي جعل الشرط الوحيد ان يكون الحكم التحكيمي الدولي نهائياً بل يمكن أن يكون جزئياً او تحضيرياً (المادة 1035) لأن المادة السابعة (1) من اتفاقيـــة نيويورك لا تحرم أي فريق من حقه في الاستفـــادة... بالقدر المقرر في تشريع أو معاهدات البلد المطلوب اليه الاعتراف أو التنفيـــذ. وقانون التحكيم الدولي الجزائري يشترط لتنفيذ الحكم التحكيمي أن يكون قد اصبح ملزماً ولا يعتبر انه "اذا الغته أو اوقفته... المحكمة في البلد التي فيها او بموجب قانونها صدر الحكـــم".

وبالتالي فان الحكم التحكيمي الذي يبطل خارج الجزائر في ألمانيا مثلاً يبقـــى بامكان قاضي التنفيذ الجزائري اعطاءه صيغة التنفيذ ولا يكـــون القاضي الجزائري مقيداً بقرارات قاضي بلد منشأ الحكـــم التحكيمـــي الدولي الذي يأتي الى الجزائر لأخذ صيغة التنفيـــذ.

المبحـــث الســـادس

طـــرق المراجعـــة

أولاً : في القانـــون الســـابق

حسب القانـــون التحكيمي الداخلي السابق القرار التحكيمي لا يقبـــل الاعتراض[272]، ولا يقبل كذلك اعتراض الغير ما دام القـــرار التحكيمي لا يسري على الغير.

هكذا فان هناك وجهة نظر في الفقه تدعو الى قبول اعتراض الغير على القرار التحكيمي[273]، والفقه يعتبر ان القرار التحكيمي لا يقبـــل المراجعـــة الا اذا كان حائزاً على صيغة التنفيـــذ[274].

في القانـــون السابق القرار التحكيمي يقبل الاستئناف الا اذا كان أطـــراف العقد التحكيمي قد اتفقوا على خلاف ذلك. هـــل يجوز التنـــازل عن الاستئناف في أي وقت؟

قانـــون التحكيم السابق يجيب ان بامكان الاطراف التخلي عن الاستئنـــاف "عند اختيار المحكمين أو بعد ذلك"[275].

272- المـــادة 449، الفقرة الثانية، اجراءات مدنية جزائـــري.

273. Henri FENAUX, Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, p. 697

274. Henri FENAUX, op. cit. p. 695.

يمكن ان يتم تعيين المحكمين في الشرط التحكيمي على ان يوقع الاطراف الى جانب هذا الشرط توقيعاً ثانياً، ويمكن أن يتم بعد ذلك وقبل النزاع أو بعد النـــزاع.

ففي القانون السابق الشرط التحكيمي الذي يعين المحكمين يمكن ان يتخلى عن الاستئناف، ولكن يشترط لصحة هذا توقيع الأطراف على الشرط التحكيمي، ولا يشترط لتعيين المحكمين بعد ابرام الشرط التحكيمي أو ابرام الاتفاق التحكيمي أي اجراء شكلي معين، فيكون التخلي عن الاستئناف، فيما عدا حالة الشرط التحكيمي الذي يعين المحكمين، غير مـــرتبط بأي اجراء شكلي. لم يحدد القانون مهلـــة الاستئناف ويميل اتجاه فقهي الى تبني مهلة استئناف الأحكام القضائية التي هي شهر[276]. ولكـــن الى من يقدم الاستئناف في حال عدم تخلي الأطراف عن الاستئنـــاف؟

هذا أيضاً عائد لارادة الاطراف، فيمكنهم تعيين محكمة استئنافية تحكيميـــة[277] تكون تحكيماً من الدرجة الثانية والا تكون محكمـــة الاستئناف القضائية هي المختصـــة.

275- المـــادة 446، الفقرة الاولى. اجراءات مدنية جزائـــري.

276. Henri FENAUX, op. cit. p. 697.
Mohand ISSAD, op. cit. p. 228.

277- والفقـــه يعتبر ان اختيار الأطراف لاستئناف تحكيمي يعني حتماً تخليهم عن الاستئناف القضائـــي.

وأسبـــاب الاستئناف غير محصورة، ولكن لا يمكن في الاستئناف الادلاء بأسباب الابطال المحددة في القانون على سبيل الحصر[278].

حسب القانون التحكيمي الداخلي السابق فان طلب صيغة التنفيذ يقدم عادة عند ايداع القرار التحكيمي ديوان المحكمة، ويصدر قرار رئيس المحكمة المختصة باعطاء أو رفض اعطاء صيغة التنفيذ بالصورة الرجائيـــة.

اذا جاء هذا القرار الصادر بالصورة الرجائية بالرفض يكون قابلاً للاستئنـــاف، واذا اعطى صيغة التنفيذ فانه أيضاً يقبل الاستئنـــاف، ويكـــون هذا الاستئناف أمام المحكمة التي أصدر رئيسها قرار اعطاء صيغة التنفيذ او رفض اعطاء صيغة التنفيـــذ.

أما التمييز حسب القانون السابق فان الأحكام القضائية الصادرة بالقـــرارات التحكيمية هي وحدها قابلة للتمييز، ولا يقبل القـــرار التحكيمـــي بحد ذاته التمييـــز[279].

وفي القانـــون السابق للتحكيم الداخلي يكون القرار التحكيمي قابلاً للابطال في الحالات الحصرية الخمس الآتيـــة[280] :

Henri FENAUX, op. cit., 1968, p. 694

278- حددتهـــا المـــادة 458، وسنأتي اليهـــا.

279- المـــادة 458، البنـــد 5 الفقرة الثالثة. اجراءات مدنية جزائـــري.

1- اذا أعطي القرار دون عقد تحكيمي أو جاء خارج نطاق العقد التحكيمـــي.

2- اذا أعطي القرار بناء على عقد تحكيمي باطل أو جاء بعـــد انتهاء مهلة التحكيـــم.

3- اذا اعطي من بعض المحكمين غير المفوضين بالحكم في غياب باقـــي المحكمين.

4- اذا أعطـــي من المحكم المرجح دون ان يتذاكر هذا الأخير مع المحكمين المنقسمين بالـــرأي والمتعادلين والذين أدى انقسامهـــم الى تعيينـــه.

5- اذا بت بموضوع غير مطلـــوب.

في جميع هذه الحالات يمكن للأطراف أن يعترضوا على صيغـــة التنفيذ أمام المحكمة التي أصدرتها وطلب ابطال القرار التحكيمي. واذا كانت المادة 449 لا تعطي الحق بالاعتراض أمام المحكمة التحكيميـــة فان المادة 558 تمنح الحق بالاعتراض امام المحكمة التي أصدرت صيغة التنفيـــذ[281].

280- المـــادة 458. اجراءات مدنيـــة جزائـــري.

281- Mohand ISSAD المرجع المذكور سابقـــاً.

لا يمكـــن أن يقدم طلب ابطال القرار التحكيمي الا بعد صدور الحكم القضائي باعطائه صيغة التنفيذ[282]، وقبل ذلك لا يقبل القرار التحكيمي الابطال، مما يعني أن المتضرر من هذا القرار يجب أن ينتظر استحصال المستفيد منه على صيغة التنفيذ ليقدم طلب ابطال القـــرار التحكيمـــي على شكل اعتراض على الحكم القضائي باعطائه صيغة التنفيذ، ويقدم الى المحكمة التي اعطى رئيسها صيغة التنفيـــذ.

خلافـــاً للمراجعة الاستئنافية التي يجوز التنازل عنها فان مراجعة الابطـــال غير قابلة للتنازل عنها باتفاق الفريقين[283].

أما في قانون التحكيم الدولي السابق فقد فتح المشرع الجزائري باب الطعن بقرار رئيس المحكمة القاضي بمنح الصيغة التنفيذية أما عن طريق الاستئناف أو عن طريق طلب الابطال. الاستئناف والابطـــال يخضعان لنفس الشروط[284] وقد نص المرسوم الجزائري على ثمـــان حالات يمكن استئناف أو طلب ابطال القرار التحكيمي فيها وهي :

أ- اذا تمسكت محكمـــة التحكيم خطأ باختصاصها أو بعـــدم اختصاصهـــا.

282- المـــادة 458، الفقرة البند 5 الفقرة الثانيـــة.

283- المـــادة 98 من قانون الأصول المدنيـــة.

284- المـــادة 458 مكرر 25 من المرسوم الجزائـــري.

ب- اذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضت مدتهـــا.

ج- اذا كـــان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفين للقانـــون.

د- اذا فصلت محكمـــة التحكيم دون الامتثال للمهمة المسنـــدة اليهـــــا.

هـــ- اذا فصلت محكمة التحكيم زيادة عن المطلوب أو لم تفصل في وجـــه من وجوه الطلب.

و- اذا لم يراع مبدأ حضور الأطـــراف.

ز- اذا لم تسبب محكمة التحكيم أو لم تسبب بما فيه الكفاية أو اذا وجد تضارب في الأسبـــاب.

ح- اذا كـــان الاعتراف او التنفيذ مخالفاً للنظام العام الـــدولي.

في ميـــدان التحكيم الدولي لم يفرق المشرع الجزائري في قانون التحكيم الدولي السابق ما بين القرارات التحكيمية الصادرة في الجزائر وتلك الصادرة في الخارج، أياً كان القانون المطبق على الاجراءات.

وتجـــدر الملاحظة أن المشرع الجزائري في القانون السابق قد لحظ اذا كان التنفيذ مخالفاً للنظام العام الدولي و لم ينص فقط على النظـــام العام الجزائري وذلك على غرار كافة التشريعات الحديثـــة.

وهـــذه الحالات الثمان محددة مبدئياً على سبيل الحصر ولكـــن تفسيرها يمكن ان يقود الاجتهاد الى توسيع هذه الحالات. وقد توقع الفقه[285] ان التطبيق العملي لهذه الحالات يؤدي ربما الى تفسير واسع من قبل الاجتهاد خاصة فيما يتعلق بمسألة اختصاص أو عدم اختصاص المحكمين، مهمة المحكمين، الاتفاقية التحكيمية الباطلة أو التي انقضت مدتها، وبالتالي الى ادخال حالات جديدة تتعلق بأهلية الأطـــراف أو المسائل القابلة للتحكيـــم.

وينهـــي الرأي الفقهي رأيه ويقول انه يجب انتظار التطبيق العملي لهذه الاحكام. وان تفسير وتطبيق هذه النصوص سيحددان اطـــار صلاحيات قاضي المراقبة وبالتالي اطار التحكيم الدولي في القانـــون الجزائـــري.

وقـــد جرى انتقاد العدد المرتفع لحالات البطلان والاستئناف التي تبلغ ثمانٍ في القانون الجزائري في حين ينص المشرع الفرنسي علـــى خمس حالات[286] وكذلك فعل القانون السويســـري[287].

285. Mohand Issad, op. cit. p. 399.

286- المـــادة 1502 من قانون المرافعات المدني الفرنســـي.

287- المـــادة 190 من القانون السويســـري.

ثانيـــاً : في القانـــون الفرنســـي

فقـــرة أولى : في التحكيم الداخلـــي

لا يقبـــل القرار التحكيمي الاعتراض ولا التمييز[288]. واذا صدر القرار عقب تغيّب المدعى عليه عن المحاكمة، فان هذا القرار لا يقبل الاعتراض، الا أنـــه يقبل في المقابل، اعتراض الشخص الثالث، ويقبل الاستئنـــاف ويقبل الابطال واعادة النظـــر.

1- اعتـــراض الشخص الثالث :

اكتفـــى القانون القديم بالتأكيد، بأن القرارات التحكيميـــة، لا يمكنهـــا في أي حال، أن تكون سارية على الغير، الا ان بإمكانها أن تلحق ضرراً بالغير[289]. وهكذا، فقد عمد القانون الجديد الى وضع حد للاضطراب، الذي كان سائداً في هذا الصدد في عهد القانـــون القديم، اذ نص علـــى ان القرار التحكيمي يمكن الطعن به من قبـــل شخص ثالث، والسلطة القضائية الصالحة للنظر باعتراض الشخص الثالث، هي المحكمة التي كانت صالحة للنظر بالنزاع، لو لم يتم اللجوء الى التحكيـــم.

288- المـــادة 1481 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

289- المـــادة 1481 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

2- الاستئنـــــاف[290] :

باستثنـــاء الحالة التي يتنازل فيها الفرقاء عن حقهم بالاستئناف في الاتفاقية التحكيمية، وباستثناء التحكيم بالصلح، يدور التحكيم على درجتين، الدرجة الأولى، تحكيمية، والدرجة الثانية قضائيـــة.

وتعـــادل الدرجة الاولى التحكيمية المحاكمة البدائيـــة.

وعندمـــا لا يكون الفرقاء قد تنازلوا عن حقهم في الاستئناف، يكون الاستئناف هو طريق المراجعة الوحيد المفتوح للفرقـــاء[291].

3- الإبطـــــال :

عندما يعمد الفرقاء الى التنازل عن الإستئناف، أو حين لا يحتفظوا بهذا الحق في الإتفاقية التحكيمية، يمكنهم التقدم بطلب ابطال القرار التحكيمـــي، رغم أي نص مخالف.

وقد حدد القانـــون لذلك ست حـــالات، يمكن للفرقاء تقديم طلب الإبطال فيها، وهذه الحـــالات هـــي التاليـــة[292].

- اذا باشر المحكم التحكيم غير مستند الى اتفاقية تحكيمية، أو كانت الإتفاقية باطلة أو انقضت مدتهـــا.

290- المـــادة 1482 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

291- المـــادة 1483 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

292- المـــادة 1484 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

- اذا كـــانت المحكمة التحكيمية مشكلة بصورة غير قانونية أو كـــان المحكم المنفرد معيناً بشكل غير قانوني.

- اذا كان المحكم قد قام بمهمته دون التقيد بحدود المهمة التي عهد بها اليـــه.

- اذا لم يتـــم احترام مبدأ وجاهية المحاكمـــة.

- اذا كـــان القرار التحكيمي غير معلل أو غير متضمـــن لاسم المحكمين الذين أصدروه، أو غير متضمن لتاريخ صـــدوره، أو اذا لم يكـــن متضمناً لتوقيع جميع المحكمين.

- اذا كـــان المحكم قد خالف قاعدة من قواعد النظام العـــام.

هذه الحالات الست التي تخوّل لمحكمة الاستئناف النظر في القضية، لا يمكـــن ان تكون مجالاً لأي تنازل مسبق عنهـــا، وذلك عكس الاستئناف عموماً والذي يمكن للفرقاء التنازل عنـــه.

مع الاشارة الى ان كلا من قاعدة وجاهية المحاكمة وقاعدة احترام مبادئ النظام العام، تنتج مجالاً واسعاً لمراقبة التحكيم، كما ان مبـــدأ وجاهية المحاكمة يغطي حق الدفاع، وان حقل النظام العام هو دائماً في مجال التـــوسع، ليشكل مزيداً من التآلف مع النظريات الاجتماعية والاقتصادية السائدة، وبصورة خاصة تلك المفروضة من قبل المشترع.

وعليـــه، يمكن التساؤل عن المغزى المتعلق بتنازل الفرقاء عـــن حق الاستئنـــاف، علماً بأنه بالرغم مـــن هذا التنازل، فإن القـــرار التحكيمـــي يبقى عرضة لوسيلة أخرى من وسائل المراجعة، تكـــون واسعة المجـــال.

ويمكـــن التساؤل أيضاً، عما اذا كانت هذه الحالة، تجعل القـــرار التحكيمي قابلاً للإستئناف بصورة دائمة، علماً بأن اللجوء الى طلب الابطال قد أصبح مجاله واسعاً، وان صلاحة محكمة الاستئناف، خلال نظرها في المراجعة الحاصلة، قد أصبحت مشابهة لتلك التي تتمتع بها في المجال الاستئنافي، اذ انها تنظر في أساس النزاع، سواء في الحالة التي تلغي فيها القرار التحكيمي، أم في الحالة التي تفسخه فيها[293]، ولكن ضمـــن حدود مهمة التحكيم، الا اذا كانت هناك ارادة مخالفـــة للفرقـــاء[294].

يقدم الاستئناف ومراجعة الابطال الى محكمة الاستئناف التي صدر القرار التحكيمي في نطاقها. ويمكن قبول المراجعة فور صدور القرار، ويمتنع اذا قدمت المراجعة بعد مهلة شهر من تاريخ ابلاغ القـــرار

293. Y. LOUSSOUARN: Les voies de recours dans le décret du 14 Mai 1980 relatif à l'arbitrage – Colloque du 25 Septembre 1980 à Paris, Rev. De l'Arb. 1980 – n° 4 – p. 682-683

294- المـــادة 1485 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

التحكيمـــي، واستحصاله على الصيغة التنفيذية، والمراجعة المقدمـــة ضمن هذه المهلة من شأنها تعليق آثار القـــرار[295].

ويقتضـــي الملاحظة أخيراً، ان الاجراءات الاستئنافية، واجراءات مراجعـــة الابطـــال هـــي اجراءات قضائية[296] وان رد الاستئنـــاف أو رد المراجعـــة الابطاليـــة، تمنح الصفـــة التنفيذيـــة للقـــرار التحكيمـــي[297].

4- مراجعـــة اعـــادة النظـــر[298] :

يقتضـــي تقديم هذه المراجعة لدى محكمة الاستئناف، ضمـــن الشروط المحددة بالنسبة للأحكام القضائيـــة أي :

- اذا تبيّـــن بعد صدور القرار التحكيمي، ان هذا القرار قد بني على غش قام به الفريق الذي صدر القرار لمصلحتـــه.

- اذا تبين بعد صدور القرار، ان هناك مستندات مؤثّـــرة، لم يتمكن احد الفرقاء من تقديمها للمحكمة التحكيمية بفعل الفـــريق الآخـــر.

295- المـــادة 1486 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

296- المـــادة 1487 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

297- المـــادة 1490 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

298- المـــادة 1491 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

– اذا صدر القرار استناداً الى مستندات تبيّن لاحقاً بالاعتراف أو بالوسائل القضائية انها مستندات مـــزورة.

– اذا صدر القرار استناداً الى افادات او شهادات، او الى يمين تبيّن لاحقاً انها كاذبـــة.

فقـــرة ثانية : في التحيكم الدولي

يمكـــن ابداء عدة ملاحظات، حول وسائل المراجعة في قانون عام 1981.

1) لقـــد تم احداث نوع مـــن التنسيق بين التحكيم الـــدولي والتحكيم الداخلي. هكذا، فان خمساً من الحالات الست المنصـــوص عليها، في المادة 1484 من قانون المرافعات المدنية الجديد، والمتعلقـــة بالقرارات التحكيمية الداخلية، نعود فنجدها في المادة 1502، المتعلقة بالقرارات التحكيمية الصادرة في مادة التحكيم الدولي أو في الخارج.

– والحالة الوحيدة من الحالات الست المذكورة، بصدد التحكيم الداخلي، والتي لم يبقها المشترع بصدد التحكيم الدولي، هي[299] تلك التي لا يتم فيها تعليل القرار التحكيمي، أو لا يشتمل فيها القرار على اسم المحكمين الذين اصدروه، أو تاريخ صدوره، وكذلك تواقيع سائر المحكمين، الأمـــر الذي يعني ان حكم التحكيم الدولي لم يعتمـــد

299- المـــادة 1485 (5) من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

الشكليات. ولكن اذا اخضع الفرقاء التحكيم للقانون الفرنسي، فان الاخلال بهذه الشكليات، يمكن أن يتعرض لمؤاخذة قانونية في ما تعلق بتجاوز حدود الصلاحية من قبل المحكم[300]، لاسيما اذا لم يكن الحكـــم معللاً.

– ان خرق "النظام العام الداخلي" قد تم استبداله بـــ "النظام العام الدولي" وهـــذا الأخير وحده، هو الذي يؤخذ بالاحتســـاب، الا أن مجالـــه أقل اتساعاً من مجال النظام العام الداخلـــي.

2) ان القرارات التحكيمية الصادرة في موضوع التحكيم الدولي، لم تعد مرتبطة بنظام قانوني معيّن، بل أصبحت أقرب ما تكـــون الى العقـــود.

وفي ما تعلق بطرق المراجعة، فان قانون المرافعات المدنية يبقى على شيء من اللااكتراث في المراقبة التي يمارسها القاضي الفرنسي بالنسبة للقرارت التحكيمية الصادرة في الخارج، او تلك الصادرة في فرنسا في مادة التحكيم الـــدولي.

3) بينمـــا طلب الاعتراف بالقرار التحكيمي، أو اعطائه الصيغة التنفيذية، لا يعطي لقاضي التنفيذ مجالاً الا لتفحص مختصر ومحصور، في ما اذا كان هناك خرق واضح للنظام العام الدولي، فان اللجوء الى

300. BELLET et MEZGER, Op. Cit. p. 644.

طرق المراجعة المحددة في المادتين 1502 و 1504، يمكّن من تفحص ومراقبـــة للقرارات التحكيمية، اكثر عمقاً واتساعاً، الا أن طـــرق المراجعة هذه محصورة بالحالات الخمس وهي في كل حال لا تترك اي مجال للغوص في اساس النـــزاع أو التصدي لـــه.

4) تنص المـــادة 1507 من قانون المرافعات المدنية الجديد، على اعتبار احكام العنوان الرابع (المتعلق بطرق المراجعة في مادة التحكيم الداخلي)، غير قابلة للتطبيق على القرارات التحكيمية الصادرة في الخارج، أو في موضوع التحكيم الدولي، باستثناء الفقرة 1 من المـــادة 1487(1) والمادة 1490(2). ينتج عن ذلك ان طرق المراجعة المحددة بصدد القرارات التحكيمية الداخلية، لا يمكن تطبيقها بصدد القرارات التحكيمية الصادرة في الخارج، أو في مادة التحكيم الـــدولي.

ويكـــون الأمر على هذا النحـــو :

أ- في حالـــة استئناف القرار التحكيمـــي :

علـــى عكس القرار التحكيمي الداخلي، فان القرار التحكيمـــي الدولي غير خاضع للاستئناف، ذلك انه اذا كانت الحاجة اليـــه في موضوع التحكيم الداخلي، هي أمر قابل للمناقشة، فليس الامر كذلك بالنسبة للتحكيم الـــدولي.

ب- في اعتـــراض الشخص الثـــالث:

هذه الوسيلة من وسائل المراجعة هي غير موجودة، لأنها تؤدي الى صلاحية محكمة قضائية تابعة للدولة، يتوجب عليها ان تنظر في أساس النزاع اللأمر الذي رغب الاطراف في التحكيم الدولي، تجنبـــه[301].

وفي الواقع، فاذا كانت المحاكم القضائية الفرنسية صالحة للنظر في اعتراض شخص ثالث على القرار التحكيمي الدولي، فان الفرقاء في التحكيم الدولي المذكور سيعمدون الى تجنب اجراء تحكيمهـــم في فرنســـا، لأن غير المقيمين فيها والأجانب عنها سيجدون انفسهم مدعوين للمثول أمام القاضي الفرنســـي، خلال النظر في اعتـــراض الشخص الثـــالث، ويبدو ان ذلك هو السبب الذي دعا المشترع الفرنسي الى الغاء وسيلة المراجعة هذه في التحكيم الدولي، لأنه كان يرمي الى اجتذاب القضايا التحكيمية الى باريس، الأمر الذي لم يكن يتناسب مع الواقع، الذي يمكن فيه الاعتراض من قبل شخص ثالث على القرار التحكيمي لدى القاضي الفرنســـي.

ج- في طلب اعـــادة النظـــر :

وهذه الوسيلة هي أيضاً وسيلة غير موجودة، الا أن أمرها، يعتبر امراً مبالغاً فيه وقابلاً للنقد، بسبب وجود مخاطر الغش والخداع، التي يمكـــن ان تحصل دائماً وفي أي مجـــال[302].

301. BELLET et MEZGER, Op. Cit. p. 654.

302. BELLET et MEZGER, Op. Cit. p. 654-655.

5) ومع أن القانون الفرنسي يستقي مواقفه من النظرية التعاقدية، ويخضع للرقابة نفسها القرارات التحكيمية الدولية كائناً ما كان البلد الذي صدرت فيه، وسواء صدرت في فرنسا ام في الخارج، فان عملية الاستيعـــاب ليست كاملة، وتقف عند مسألة طرق المراجعـــة، لأن القانون الفرنســـي يعطي لنفسه شيئاً من الابوة، بالنسبة للقـــرارات التحكيمية الصادرة في فرنسا، عندما يقبل بابطالها، بينما هو لا يقبل بأية وسيلة من وسائل المراجعة بالنسبة للقرارات التحكيمية الصادرة في الخارج، سواء كانت صادرة في ميدان التحكيم الدولي أم لم تكن. ويقتضي ان نفرّق هنا بين هاتين الفئتين من القرازات التحكيمية في ما يتعلق بوسائـــل المراجعة. وفي النهاية، يمكن ان نلاحظ ما يلـــي :

-هناك طريق مشترك من طرق المراجعة لكل القرارات التحكيمية، سواء كانت صادرة في فرنسا في مادة التحكيم الدولي، أو في مـــادة التحكيم الداخلـــي، وهو استئناف الأمر القضائي للقرارات الرافضة لاعطاء الصيغة التنفيذية أو الاعتراف بهـــا[303].

- وهناك طريق من طرق المراجعة الخاصة بالقرارات التحكيمية الصادرة في الخـــارج، سواء في مادة التحكيم الدولي، أم في مـــادة

303- المـــادة 1501 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي. P. MAYER, Op. Cit. p. 89

التحكيم الداخلـــي، وهو استئناف الامر القضائي الذي يمنح الصيغة التنفيذية للقرارات التحكيمية أو يعترف بهـــا[304].

- وهناك طريق من طرق المراجعة الخاصة بالقرارات التحكيمية الصادرة في فرنسا في مادة التحكيم الدولي، وهو طلب ابطال القرار التحكيمـــي[305].

وبالامكان ان نلاحظ كذلك انه اذا كان موضوع المراجعة مختلفاً وفقاً لكل حالة، فان شكل الاجراءات في تلك المراجعات والرقابـــة الممارســـة من قبل المحاكم القضائية الفرنسيـــة، والحاصلة في هـــذه المناسبة، هي نفسها في جميع الحـــالات.

فرع 1: استئناف القرار التحكيمي الرافض منح الصيغة التنفيذيـــة للقـــرار التحكيمي أو الاعتراف بـــه

"ان القرار الذي يرفض الاعتراف بالقرار التحكيمي، أو يـــرفض منحـــه الصيغة التنفيذية هو قابل للاستئناف"[306] سواء كان القرار التحكيمي صادراً في الخارج، أم في فرنسا في مادة التحكيم الـــدولي.

304- المـــادة 1502 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

305- المـــادة 1504 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

306- المـــادة 1501 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

ويقدم الاستئناف لدى محكمة الاستئناف، التي يتبع لها القاضـــي الذي اتخذ القرار برفض التنفيذ أو رفض الاعتراف ويمكن الاستئناف، حتى انقضاء مهلة شهر، اعتباراً من تاريخ ابلاغ قرار القاضي الى ذوي العلاقـــة[307].

وكما لاحظ عدد من المؤلفين[308]، فان هذا الوضع يشكل لغزاً، في الحدود التي لا يعمد فيها القاضي الى ابلاغ قراره الى مقدم الطلب، وعندما لا تكون لهذا الطالب أية مصلحة في ابلاغ خصمه القـــرار الـــذي قضى برفض منح الصيغة التنفيذية، في هذه الحالة "لا يكون الاستئناف مقيّداً بأية مهلة، الا اذا اعتبرت بداية تلك المهلة ساريـــة، اعتباراً مـــن تاريخ ابلاغ قرار الرفض، الى المدعي من قبل القاضي أو رئيس القلـــم"[309].

ولكـــن ما هي الحالات الاستئنافية وما هي صلاحيات المحكمـــة؟

هـــذه الاسئلة تطرح نفسها عند المقارنـــة، ما بين نص قانـــون التحكيم الدولي، وقانون التحكيم الداخلي الذي ينص على ما يلي[310]:

307- المـــادة 1503 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

308. BELLET et MEZGER, Op. Cit. P. 650-651. MAYER, Op. Cit. p. 88.

309. BELLET et MEZGER, Op. Cit. P. 650-651. MAYER, Op. Cit. p. 88.

310- المـــادة 1489 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

"يمكـــن استئناف القرار الذي يرفض منح الصيغة التنفيذية، في خلال مهلة شهر تسري اعتباراً من تبليغه. وفي هذه الحالة فان محكمة الاستئناف تنظر بناء على طلب الفرقاء في الأسباب التي كان بإمكان هؤلاء الادلاء بها ضد القرار التحكيمي عن طريق الاستئناف أو عـــن طريق الابطال حسب الحالـــة".

وانّ قانـــون التحكيم الدولي يلحظ امكانية استئناف القـــرار، ولكنـــه، وخلافاً لقانون التحكيم الداخلي، بقي صامتاً في مـــا خص صلاحيـــة محكمة الاستئناف، لاعتماد الوسائل التي يبنى على أساسها الاستئنـــاف.

وفي الـــواقع، فانّ نظرة أولية على قانون التحكيم الدولي، تتـــرك مجالاً للتفكير بأنّ دور محكمة الاستئناف يمكن أن ينحصر في التحقق مـــن وجود القرار التحكيمي الدولي والاتفاقية التحكيمية، وعـــدم وجود مخالفة واضحة في القرار التحكيمي للنظام العام الدولي، بالتالي فانّهـــا ترفض ابطال القرار، حتى وان وجدت خللاً فيـــه.

ولكن هذه القراءة تؤدي الى وضع عبثي، لأنّه في كل الحالات، فـــانّ الفريق الرافض للاعتراف بالقرار التحكيمي أو لمنحه الصيغـــة التنفيذية، ليست له الامكانية لاستئناف قرار منح الصيغة التنفيذية، أو الاعتراف. وكذلك فانّ قراءة ثانية للنص القانوني المستكمل ببقيـــة

أحكام القانون اعتبر الفقه[311] على ضوئها أو استئناف القرار الصـــادر عـــن القاضي، والرافض لطلب الاعترف بالقرار التحكيمي، أو قرار منح الصيغة التنفيذية الصادر عن القاضي، يفتح الطريق بوجه دعوى وجاهيـــة، تتمتع فيها محكمة الاستئناف، بصلاحية النظر في قـــرار المحكمـــة القضائية، التي رفضت منح الصيغة التنفيذيـــة أو رفضت الاعتراف بالقرار التحكيمي، والتحقق مما اذا لم تكن مشوبة بأحـــد العيوب الخمسة المحددة قانونـــاً.

فرع 2 : استئناف القرار الذي يمنح الصيغة التنفيذية أو الاعتراف بالقـــرار التحكيمي الصادر في الخـــارج :

انّ قرار منح الصيغة، غير الخاضع لأية وسيلة من وسائل المراجعة في موضوع التحكيم الداخي، يمكن بالمقابل استئنافه في التحكيـــم الدولي، ولكـــن، فقط، في الحالة التي يكون القرار التحكيمي فيها قد صدر في الخارج، وفي الحالة التي يكون مشوباً بأحد العيوب الخمسة[312] والتي تصبح عيوباً ستة بالنسبة للقرارات الصادرة في الداخل[313]، وانّ الفريق الذي يتضرر من القرار الصادر في الخارج، يصبح مجبراً علـــى

311. BELLET et MEZGER, Op. Cit. p. 650. MAYER, Op. Cit. p. 88.

312- المـــادة 1502 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

313- المـــادة 1484 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

انتظار صدور قرار القاضي الفرنسي، الذي يمنح الاعتراف أو الصيغة التنفيذية لذلك القرار التحكيمي، لأنّه ليس بامكانه المراجعة ضد قرار صادر خارج فرنسا، الاّ بعد أن يكون القرار الفرنسي القاضي بمنحه الاعتراف أو الصيغة التنفيذية قد صـــدر.

وهـــذا النوع من القرارات التحكيمية، يبقى في فرنسا محمياً من مراجعة أبطال، ولا يمكن الطعن به مباشرة. وانّ القرار الوحيد الذي يمكن الطعن به هو القرار الفرنسي، الذي يقر بصحته أو بمنحه الصيغة التنفيذيـــة.

وانّ الفقه يعتبر أن موقف المشترع الفرنسي تجاه القرار التحكيمي الصـــادر خارج فرنسا، نابعاً من حرصه على عدم المساس بالسيادة الأجنبيـــة[314].

ويقدم هذا الاستئناف لدى محكمة الاستئناف، التي يقع القاضي الذي أصدر الأمر حول التنفيذ في نطاقها. ويمكن تقديمه حتى انقضـــاء مهلة الشهر السارية، اعتباراً من تاريخ تبليغ قرار القاضـــي[315].

وانّ مهلـــة الاستئناف هذه، ثم تقديم طلب المراجعة ضمنها، يعلق تنفيذ القرار التحكيمـــي[316].

314. BELLET et MEZGER, "L'arbitrage international dans le Nouveau Code de Procédure Civile
Rev. Crit. D.I.P. 1981, p. 648.

315- المـــادة 1503 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

وانّ اجـــراءات الاستئناف هي قضائية[317]، ورده يؤدي تلقائياً الى منح الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمـــي[318].

وانّ الاستئناف يؤدي الى ابطال القرار الذي يمنح الصيغة التنفيذية دون أن يذهب الى أبعد من ذلك، حتى ولو كان الفرقاء قد أخضعـــوا تحكيمهم الدولي الى القانون الفرنسي سواء أكان التحكيم بالقانون أم كـــان التحكيم بالصلح.

فرع 3 : طلب ابطال القرار التحكيمي الدولي الصادر في فرنسا:

انّ القـــرار الذي يمنح الاعتراف، أو الصيغة التنفيذية للقـــرار التحكيمـــي الدولي الصادر في فرنسا، هو غير قابل لأية طريقة من طرق المراجعة. ولا يبقـــى بالنتيجة أمامه الاّ طريق الابطال أي ابطال القرار التحكيمي نفسه، بهدف ان ينتج عن ذلك الغاء القرار الـــذي منحه الاعتراف أو الصيغة التنفيذية، وذلك استناداً الى القاعـــدة التي بموجبها الفرع يتبع الأصل. وفي الـــواقع،

فانّ طلب الابطال يغلب على ما عداه، في الحدود التي تضع فيها المحكمة يدها على القضية، وهو طلب قرار قاضي التنفيذ، أو رفع يد ذلك القاضـــي[319].

316- المـــادة 1506 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

317- المـــادة 1507 معطوفة على المـــادة 1487.

318- المـــادة 1507 معطوفة على المـــادة 1490.

319- المـــادة 1504، الفقرة 2، من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

وهـــذه المراجعة التي يفتح مجالها، الاّ في احدى الحالات الخمس المحددة في المادة 1502[320]، تقدم لدى محكمة الاستئناف، التي صدر القرار التحكيمـــي في نطاقها. وهذه المراجعة يمكن قبولها فور صدور القرار التحكيمي، ولا تعود مقبولة بعد مهلة شهـــر، من تاريخ تبليغ القرار التحكيمي القابل للتنفيـــذ[321]. ومهلة القيام بمراجعة الابطـــال هـــذه، وكذلك تقديم المراجعة ضمن المهلـــة، يعلق تنفيذ القـــرار التحكيمي[322]، والاجراءات لدى محكمة الاستئنـــاف، هي اجراءات ذات طابع قضائي[323] ووجاهـــي.

واذ يتعلق الأمر بنتائج ابطال القرار التحكيمي، فانّ الفرق الأساسي بين الابطال في التحكيم الداخلـــي، والابطال في التحكيم الـــدولي، يتمحور حول أنّ محكمة الاستئناف الصالحة للنظر في طلب الابطال، لا يمكنهـــا في التحكيم الـــدولي أن تقرر أكثر من ابطال القـــرار التحكيمي الدولي، بينما في التحكيم الداخلي يمكنها النظر في القضية مـــن أساسها، والفصل مجدداً عند صدور قرار الابطـــال[324].

320- المـــادة 1504، الفقرة 1، من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

321- المـــادة 1505 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

322- المـــادة 1506 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

323- المـــادة 1507 معطوفة على المادة 1487 (1).

324- المـــادة 1507 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الذي يستثني تطبيق أحكام المـــادة 1485.

ويمكـــن لقرار الابطال أن يعتد به لاحقاً، في بلدان أخرى، حيث يكـــون أحد الفرقاء راغباً في تنفيذ القرار التحكيمي. وانّ الـــدول المشتركة في اتفاقية نيويورك لعام 1958، مسموح لها بصورة واضحة[325] برفض أي أثر للقرارات التحكيمية المبطلة في البلد الذي صدرت فيه[326].

وبالنسبـــة لرد طلب الابطال، فانّه يمنح في الوقت نفسه الصيغة التنفيذية الى القرار التحكيمـــي[327].

مـــا هي الحالات الخمس التي تفتح الطريق أمام الاستئناف، بحق القرار الذي يمنح الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي الصادر خـــارج فرنسا، وطريق ابطال القرار التحكيمي الصادر في فرنسا؟ لقد حددها المشترع الفرنسي كما يلـــي[328] :

الحالة الأولى: اذا جرت العملية التحكيمية بدون اتفاقية تحكيمية، أو بموجب اتفاقية تحكيمية باطلة أو انقضت مدتهـــا.

الحالة الثانيـــة: اذا كانت المحكمة التحكيمية قد تشكلت بصورة غير قانونية، أو اذا كان المحكم قد عين بصورة لا تتفق مع اجـــراءات التحكيم المطبقـــة.

325- المـــادة الخامســـة (1).

326. P.MAYER, Op. Cit. p. 88.

327- المـــادة 1507 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي معطوفة على المـــادة 1490.

328- المـــادة 1502 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

الحالـــة الثالثـــة : اذا لم يتقيد المحكم بالمهمة المعهود بها اليـــه.

الحالـــة الرابعـــة : اذا لم يحترم مبدأ وجاهية المحاكمـــة.

الحالـــة الخامســـة : اذا كان الاعتراف بالقرار التحكيمـــي، أو منحـــه الصيغة التنفيذية، مخالفاً للنظام العام الـــدولي.

الحالة الأولى : المحكم قام بالمهمة دونما اتفاقية تحكيمية، أو بموجب اتفاقية باطلة او انقضت مدتهـــا

مـــا هو النظام القانوني الذي يقتضي تطبيقه من قبل القاضـــي الفرنسي، للنظر في صحة الاتفاقية التحكيميـــة؟ يوجد في هذا النطاق تيـــاران :

أ- التيـــار الأول يربط القرار التحكيمي ببلد منشئـــه.

وهذا التيار متأثر بالنظرية القضائية للتحكيم، ولا يقر صحة قرار تحكيمي، الا اذا طبّق عليه قانون احدى الدول، من قبل أحد القضـــاة للنظر في صحته وصحة الاتفاقية التحكيميـــة.

ب- التيـــار الثاني متأثر بنظرية تعاقدية التحكيم، ويقر باجراءات متحررة من كل ارتباط بقوانين الدول، وهو يرى ان العقد هو قانون الفرقاء، وان ارادتهم المشتركة، هي مصدر صحة الاتفاقات التحكيمية وكذلك صحة الرضـــى.

وفي هـــذه النظرية، القرار التحكيمي لا يرعاه قانون البلد الذي صدر فيـــه، عكس القرار القضائي. وهذه هي النظرية التي اعتمدها المشترع الفرنسي في ما خص التحكيم الدولي، الامر الذي يقلل كثيراً من احتمالات بطلان القرارات التحكيمية والاتفاقات التحكيميـــة، والذي يرفض ربط هذا القرار بالبلد الذي صدر فيه، كما انه لا يأخذ بعين الاعتبار الابطال الصادر في أي بلـــد.

ان موضوع القانون المتوجب تطبيقه، يبقى قائماً في ما تعلق بحالات بطلان اتفاقيات التحكيم، ويحكم على صحة تلك الاتفاقيات، وفقاً للقانون المحدد بموجب قاعدة تنازع القوانين الفرنسيـــة، كلما لم تكن هناك في القانون الفرنسي قاعدة محددة خاصة بالتحكيم الدولي[329].

وفي ما تعلق بانتهاء مدة اتفاقية التحكيم، تعود محكمة الاستئناف الى الاتفاقية الحاصلة ما بين الفرقـــاء. وفي حال لم ينص الفرقاء على مهلة في هذه الاتفاقية تعود المحكمة الاستئنافية، الى النظام التحكيمي أي الى قانـــون اجراءات التحكيم، الذي يكون الفرقاء قد حـــددوه ليرعى نزاعاتهـــم.

329. MAYER, Op. Cit., p. 93. JEANTET, MASSIP, Goldman et ROBERT: Colloque de l'Arbitrage International – Rev. Arb. 1981.

الحالـــة الثانية : تشكيل المحكمة التحكيمية بصورة غير قانونية، أو تعيين المحكم المنفرد بصورة غير مطابقة لاجراءات التحكيم المطبقة

في مادة التحكيم الدولي، لم يحدد المشترع الفرنسي قواعد محددة في مـــا خص تشكيل المحكمة التحكيمية أو تعيين المحكم. وبالتالي، لا يمكن ان نتصور ان هناك اجراءات رادعة بحق احكام، لا وجود لهـــا لتحديد الخلل الحاصـــل. وبالتالي، لا بد من اللجوء الى معرفة ارادة الفرقاء، سواء كانت تلك الارادة قد حددت تلك القواعد مباشرة، أو حـــددت لذلك نظاماً تحكيمياً او قانوناً لاجراءات المحاكمـــة التحكيمية اي قانوناً للتحكيـــم.

واذا اتفق الفرقاء على أن قانون التحكيم الداخلي، هو الـــواجب التطبيق على التحكيم، يتوجب آنذاك، وفقاً لهذا القانون، أن يكـــون عدد المحكمين وتراً، وتلك قاعدة الزامية لا يمكن للفرقاء مخالفتهـــا.

الحالـــة الثالثة : قيام المحكم بفصل النزاع دون التقيد بحدود مهمته

يتعلق الأمـــر هنا بمبدأ عام. الا أن مراقبة هذا المبدأ، يقتضـــي أن تكـــون مقيدة ببعض الحدود، اذ ان كل من ليست له مصلحة مـــن الفرقاء، يمكنه الادعاء بأن المحكم لم يعمد الى التقيد بمهمته، وفي هذه الحالة يشكّل القاضي التابع للدولة ومحكمته، درجة ثانية فعلية مـــن درجات المحاكمـــة. وحده الخرق الواضح لحدود تلك المهمـــة، أي لارادة الفرقاء المتعلقة بموضوع النزاع أو باجراءات التحكيم، هـــو

الـــذي يقتضي أن يكون مراقباً[330]. وهذا هو الموقف الذي اتخـــذه الاجتهاد الفرنسي في هذا الصدد، والذي اعتبر، وعلى سبيل المثال، ان تحوير العقد[331] أو الخطأ في تحديد الوقائع، أو الخطأ القانوني[332]، لا يمكن أن ينال من القرار التحكيمـــي.

بالمقابـــل، فان المحكم الذي يقوم بمهمته بصفته محكماً بالصلح، بينما الفرقاء عهدوا اليه بمهمة المحكـــم بالقانون، يعتبر بأنه لم يتقيـــد بحدود المهمة الموكولة اليـــه.

الحالـــة الرابعـــة : عدم التقيد بمبدأ وجاهية المحاكمـــة :

في التحكيـــم الـــدولي كما في التحكيم الداخلي، انّ الامتنـــاع عـــن احترام مبدأ وجاهية المحاكمـــة، يؤدي الى بطلان القـــرار التحكيمـــي.

وانّ محكمـــة التمييز الفرنسية عمدت بتاريخ 1967/10/4 الى اصدار قرار عرف باسم "قرار بشير"، أعلنت فيه أنّه ليس للمحاكـــم

330. Pierre MAYER: L'Insertion de la sentence dans l'ordre juridique français, Droit et pratique de l'arbitrage international en France, p. 95

331. Civ. 17 Nov. 1976, D. 1977.577, note Boré, Rev. Arb. 1977.281 note ROBERT;

Civ. 10 mars 1981, Bull civ. I, no 82, p. 69; Civ. 9 Déc. 1981, Rev. Arb. 1982, 183, 1ere esp. Note Couchez.

332. Soc.19 mars 1981, Bull. Civ. V, no 247, p. 185.

الفرنسية سلطة المراقبة على تقيد القرار التحكيمي الدولي بالاجراءات المتبعة في التحكيم، وانّ هذه المراقبة يقتضي أن تكون محدودة بموضوع معرفة ما اذا كان مبدأ وجاهية المحاكمة قد تم احترامه، لأنّ هذا المبدأ يعتبر أحد العناصر الأساسية للنظام الدولي العام، والذي يؤكد علـــى المبدأ الأساسي الآخر المتعلق بحق الدفـــاع.

الحالـــة الخامسة : الاعتراف بالقرار التحكيمي أو تنفيذه مخالفـــان للنظام الدولي العـــام :

انّ قانون التحكيم الداخلي يعتبر باطلاً كل قرار تحكيمي مخالف للنظام العام[333]. وفي ما تعلق بقانون التحكيم الدولي، فهو لا يبطل القرار التحكيمي، ولا يرفض تنفيذه أو الاعتراف به الاّ اذا كان هذا التنفيذ أو هذا الاعتراف مخالفاً للنظام الدولي العـــام[334].

وبينمـــا يحدد القانون صلاحيات القاضي عند نظـــره في طلب الاعتراف أو التنفيذ، ويحصرها في حالة الخرق الواضح للنظام العـــام الدولي[335]، فانّ هذه المراقبة المختصرة، تصبح أكثر اتساعاً عند النظر علـــى أساس مخالفة النظام العام الدولي حيث يفرض القانون خرقـــاً

333- المـــادة 1484 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

334- المـــادة 1502، الفقرة 5، من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

335- المـــادة 1498 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

واضحاً للنظام العام، ويكتفي بفتح المجال أمام المراجعة في الحالة التي يكون فيها الاعتراف أو التنفيذ مخالفين للنظام الدولي العـــام.

وينتج عن ذلك، ان كل ما هو مخالف للنظام العام الداخلي، ليس مخالفاً حتماً للنظام الدولي العـــام. فالقرار التحكيمي الدولي المخالف للنظام العام الفرنسي، يمكن أن يتم تنفيذه في فرنسا دون ابطاله مـــن القاضـــي، حتى ولو كان التحكيم نفسه قد حصل في فرنســـا. وفي الـــواقع، فانّ القاضي الذي يطلب اليه النظر في القرار القاضـــي بمنح الصيغة التنفيذية لقرار تحكيمي دولي، أو بالغاء قرار تحكيمي دولي صادر في فرنسا، ينظر في هذا القرار، بطريقة مختلفة تماماً عن تلك التي تعتمـــد في النظر في القرار التحكيمي الداخلي، لأنّه اذا كـــان يطبق قواعـــد النظام العام الفرنسي لاتخاذ القـــرار، بصدد ابطال الـــقرار التحكيمي الداخلي، فليس الأمر كذلك عندما يطلب اليه منح الصيغة التنفيذيـــة لقرار تحكيمـــي دولي، حتى ولو عمد الى تطبيق القانـــون الفرنسي. فهو ينظر من خلال هذا القانون بطريقة جد مرنة، حتى ولو كـــان الأمر متعلقاً بالقواعد الالزاميرة.

ماذا يمكن القول في حالة ما اذا كنا بصدد تطبيق قانون أجنبي؟ في هذا الوضع يكون النظام العام الدولي، أضيق مجالاً من النظام العـــام الفرنســـي. ذلك أنّه اذا كان هذا الأخير يتضمن قواعـــد يتـــوجب

احترامها من قبل المتعاقدين، وهـــي تحد من حريتهم، فليس للنظـــام الـــدولي العام أي رابط مع هذه القواعد، وهو ليس الاّ تعبيراً عـــن المبادئ العامة ذات الطابع الدولي. لهذا، فانّ القواعد الفرنسيـــة التي تحمي المستهلكين مثلا، ليست عائدة للنظام العام الدولي، ويمكن بهذا الصدد ذكر عدة أمثلـــة.

المثـــال الأول : مخالفة قوانين الرقابة على النقـــد :

طبق القانـــون الذي يفرض رقابة على النقد الأجنبي في بلد، على قضية ذات طابع دولي. وقد تضمن العقد الذي نشأ عنه النزاع مخالفة لهذا القانون، وخالف القرار التحكيمي الصادر بهذا الصدد. قانـــون العقد هذا، الذي كان يعتبر أنّ الاتفاقات التي تجيز تحويل الأموال الى الخـــارج، أو التي تعقد دون أن تكون خاضعة لرقابة القطع الأجنبي، هي باطلة، كونها مخالفة للنظام العام. وقد كان العقد باطلاً اذن، من وجهـــة نظر القانون المطبق، وكان القرار التحكيمي باطلاً بـــدوره بسبب مخالفته للنظام العام، ولكن ذلك ليس صحيحاً، الاّ في نطـــاق التحكيم الداخلـــي.

أمـــا في مادة التحكيم الدولي، فانّ المشترع الفرنسي، يعتبر أنّ هذا القرار التحكيمي الدولي، هو قابل للتنفيذ في فرنسا، فلا يقتضـــي

أن يكـــون محروماً من منحه الصيغة التنفيذية، لأنّه ليس مخالفاً للنظام العام الدولي[336]، وان خالف النظام العام الداخلـــي.

المثـــال الثاني : الاخلال بأحكام تشريعات العمـــل :

فصل قرار تحكيمي، في نزاع قائم ما بين رب عمل وأحد العاملين لديه، وكلاهما ليس فرنسياً، وذلك في قضية تحكيمية دولية خاضعـــة لقانون يسمح بالتحكيم في النـــزاعات المتعلقة بقضايا العمل. وهـــذا القرار يمكن أن يكون مخلاً باحدى القواعد المتعلقة بالنظام العام المرتبط بالقانون المطبق. فعلى سبيل المثال، فانّ القانون الكويتي يفرض اللجوء الى ادارة مرتبطة بوزارة العمل، حيث تحاول تلك الادارة مصالحـــة الفريقين، قبل أن تقام الدعوى بصدد النـــزاع الحاصل. وهذا الاجراء هو الزامي، والقاعدة التي تفرضه هي من قواعد النظام العام. وبالتالي، فانّ قراراً تحكيمياً دولياً صادراً في فرنسا، ومطبقاً للقانون الكويتي، اذا لم يكن قد قام بهذا الاجراء لدى الادارة الكويتية، يكون مخالفاً للنظام العام الكويتي، وهذا القرار التحكيمي يكون أيضاً مخالفاً للنظام العام الفرنسي، الذي لا يجيز التحكيم في قضايا نزاعات العمل. ولكـــن القاضي الفرنسي لا يبطل هذا التحكيم، اذا جرى التحكيم الـــدولي

336. Droit et pratique de l'arbitrage international en France, l'insertion de la sentence dans l'ordre juridique français, Pierre MAYER p. 97 et s.

في فرنســـا. ذلك أنّ هذا القرار التحكيمي الدولي، اذا كـــان مخالفاً للنظـــامين العامين الكويتي والفرنســـي، فانّ ذلك لا يمنع أنّه ليس مخالفاً للنظام العام الدولي337. وبالتالي، فانّ القاضي يمنحه الصيغـــة التنفيذيـــة.

المثـــال الثالث: الاخلال بأحكام قانون التحكيم في البلد الـــذي يحصل فيه التحكيـــم :

انّ القوانين التحكيمية لدى بعض البلدان تفرض اجراءات شكلية، حتى يكون للقرارات التحكيمية مفاعيلها القانونية، وتتحول من مجرد "مشروع" الى قرار تحكيمـــي.

فالقانون الألماني مثلاً بفرض ايداع القرار التحكيمي لدى رئيس قلم المحكمة، التي كان يمكن أن تكون صالحة للنظر في النـــزاع.

والقانون الاسباني يفرض ايداع هذا القرار لدى الكاتب العدل، والقانون الايطالي يفرض تصديق القاضي الايطـــالي.

وانّ تحكيمـــاً يجري في اسبانيا أو في المانيا أو في ايطاليا، والذي لا يكون قراره التحكيمي قد أودع لدى رئيس قلم المحكمة، أو لدى الكاتب العدل، أو في الحالة الايطالية، وقد صدق من قبل القاضـــي،

337. Droit et pratique international en France: L'insertion de la sentence dans l'ordre juridique française, Pierre MAYER, p. 97 et suiv.

يمنح على كل حـــال، الصيغة التنفيذية، ويرد طلب الابطال المقـــدم بشأنـــه، لأننا هنا بصدد مخالفة للنظام العام الاسباني أو الألماني أو الايطـــالي، دون أن يكون مخالفاً للنظام العام الـــدولي[338].

المثال الـــرابع : الاخلال بالقواعد المتعلقة بسن الرشـــد :

انّ قـــرارا تحكيميا دوليا صادرا في الخارج، في نزاع قائم ما بين فريقين أحدهما في سن السابعة عشرة، بينما يفرض القانون الفرنسي المطبق بالنسبة اليه، أن يكون سن الرشد 18 سنة[339]، هو نزاع مخالف للنظـــام العام الفرنسي، ولكنه لا يبطل ويستحصل على الصيغـــة التنفيذية، لأنّه لا يتضمن اخلالاً بالنظام العام الـــدولي.

ويمكـــن ملاحظة أمر هام هنا، في ما يتعلق بقانون التحكيـــم الدولي الفرنســـي، وهذا الامر هو أن هذا القانون لا يربط القـــرار التحكيمي ببلد المنشأ أو بالنظام القضائي الخاص بهذا البلد، في مـــا خص النظام العـــام.

وكذلك هـــو الحال، في ما تعلق بنتائج هذا القرار التحكيمي في نفس بلد المنشأ، وينتج عن ذلك انه لا يأخذ بعين الاعتبار الاخـــلال بالقواعد الالزامية للنظام العام، الخاص بهذا البلد، والذي يبطل القرار

338. Droit et pratique international en France: L'insertion de la sentence dans l'ordre juridique française, Pierre MAYER, p. 97 et suiv .

339. Droit et pratique international en France: L'insertion de la sentence dans l'ordre juridique française, Pierre MAYER, p. 97 et suiv .

التحكيمي المخل بنظامه العام، وهو يحتفظ بكافة نتائجه، ولا تؤخذ بعين الاحتســـاب الاعتبارات المؤدية الى ابطـــال، أو تجميد القـــرار التحكيمي الدولي، باستثناء تلك المؤدية الى الاخلال بقواعد القانـــون العام الدولي، وليس الداخلـــي.

ثالثـــاً : في القانـــون الجديـــد

قانـــون التحكيم الداخلي الحالي كما القانون السابق فتح باب القضاء أمام استئناف الحكم التحكيمي الا اذا اتفق الأطراف علـــى التنـــازل عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيـــم[340].

فـــاذا لم يكن الحكم التحكيمي قابلاً للاستئناف فهو غير قابل للنقض لأن القرارات الاستئنافية وحدها تكون قابلة للنقض[341].

وأمـــام الاستئناف تنشر الدعوى مجدداً. والاستئناف ليست لـــه شروط ولا أسبـــاب، أن الدعوى تنشر أمام محكمة الاستئنـــاف ومـــن اختصاص محكمة الاستئناف فسخ الحكم التحكيمي المستأنف والتعرض لاساس النـــزاع.

القانـــون الجديد لم يعدد في التحكيم الداخلي أسباباً للابطال. وبالتالي، فالحكم التحكيمي قابل للاستئناف كدرجة ثانية للمحاكمـــة ومحكمة الاستئناف تنظر في الدعوى من اساسها ما لم يتنازل الأطراف

340- المـــادة 1033 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

341- المـــادة 1034 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

عـــن حق الاستئناف، ولكن الحكم التحكيمي الذي اتفق الأطراف علـــى عدم قابليته للاستئناف والذي كان قابلاً للابطال في القانـــون السابـــق لأسباب خمسة حددها، هذا الحكم هل أقفل أمامه بـــاب الابطال، واذا كان باب الابطال يبقى مفتوحاً فما هي اسباب الابطال؟

القانون السابق حدد أسباب الابطال للحكم التحكيمي الداخلي غير القابـــل للاستئناف والذي يصبح مبرماً ولكن القانون الجديد لم يفتح باب الابطال ولا حدد أسباباً للابطال فهل يعني ذلك ان الحكم التحكيمـــي الداخلي غير القابل للاستئناف بحكم تنازل طرفيه عـــن الاستئناف، هذا الحكم غير قابل للابطـــال؟

الباب الوحيد المتروك هو امام قاضي صيغة التنفيذ الذي يمكنه ان لا يعطي صيغة التنفيذ، ولكن القاضي في عدم اعطاء صيغة التنفيذ أو في اعطائه لصيغة التنفيذ ليس مقيداً بأي قيد واصلاً فان اعطاء صيغة التنفيذ يتم بصورة رجائية. اذا قبل القاضي اعطاء صيغة التنفيذ فالأمر نسبي وذاتي عنده، أما اذا رفض اعطاء صيغة التنفيـــذ، والأمر نسبي وذاتي عنده ايضاً ولكن قراره يقبل الاستئنـــاف.

وفي الاستئناف يكون قرار القاضي برفض اعطاء صيغة التنفيذ هو المدخل لمحاسبة الحكم التحكيمـــي، لأن الرفض قابل للاستئناف في محاكمة وجاهية يسمع فيها الطرفان. وهـــذا هو الباب الوحيد وهو

مفتوح علـــى مصراعيه بدون أسباب للابطال لإبطال صيغة التنفيـــذ ولفسخ القرار القضائي الذي يعطي صيغة التنفيذ. هذا في التحكيم الداخلي، ولكن اعطاء الصيغة التنفيذية لا يؤثر على الحكم التحكيمي الذي تبقى له آثاره. طالما ان المراجعة الوحيدة أم الحكم التحكيمـــي الداخلي هي استئناف الأمر القاضي برفض الصيغة التنفيذية.. في حين ان أسبـــاب الإبطال أمام حكم تحكيمي غير قابل للإستئنـــاف التي كانت في القانون السابق، لم تعد قائمة في القانون الجديد. بالطبع فإن القاضي حين يعطي صيغة التنفيذ لا يعود قراره قابلاً للمراجعة امام اذا رفض اعطاء صيغة التنفيذ أو الاعتراف بالحكم التحكيمي الـــدولي اذ ذاك يمكن المراجعة ضد قراره أمام محكمة الاستئناف وبالصورة الوجاهية وأمام محكمة الإستئناف يمكن فسخ قرار رفض اعطاء الصيغة التنفيذية، على سبيل المثال اذا اعطيت صيغة حكم تحكيمي بدون عقد تحكيمي أو بناء لعقد تحكيمي باطل أو حكم تحكيمي أعطي بدون مذاكرة أو حكم تحكيمي بموضوع خارج المهمة التحكيمية ولكن الرقابة يمكـــن أن تذهب أبعد من ذلك بكثير لتتصدى لاساس النزاع. ولكن الأمـــر القضائي باعطاء الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي الداخلي، غير قابـــل للاستئناف أو لأية مراجعـــة[342].

342- المـــادة 1035 فقرة أخيـــرة.

وبالتالي فان الحكم التحكيمي الداخلي الذي يكتسي صيغة التنفيذ لا يقف في وجهـــه أي عائق قانوني!

أما في التحكيم الدولي فالحكم التحكيمي الدولي الصادر في الخارج، في القانون الجديد، غير قابل لمرحلة ثانية أمام القضاء والقانون يسميها استئناف. فالحكم التحكيمي الدولي الصادر خارج الجزائر نهائي ولكن صيغته التنفيذية قابلة للفسخ. وهكذا فرق قانون التحكيم الدولي الجديـــد بين :

فقـــرة 1 : الحكم التحكيمي الدولي الصادر خارج الجزائـــر

1- الحكـــم التحكيمي الدولي الصادر خارج الجزائر لا يقبـــل الإبطال ولكن القرار القضائي الذي يرفض اعطاء هذا الحكم التحكيمي الصيغة التنفيذية أو يرفض الإعتراف به، أو يعطي صيغة التنفيذ لقرار دولي صدر خارج الجزائر هذا القرار القضائي يقبل الإستئنـــاف.

2- هـــذا الأمر القضائي برفض اعطاء صيغة التنفيـــذ أو رفض الإعتـــراف بحكم تحكيمي دولي صادر خارج الجزائر يقبل الإستئناف ولكن هذا الإستئناف ليست محددة أسبابه حصراً. أما الأمر القضائي بإعطـــاء صيغة التنفيذ لحكم تحكيمي دولي صادر خارج الجزائـــر أو الإعتراف به فهـــو يقبل الإستئناف ضمـــن أسباب الإستئناف الستـــة المحددة حصراً[343].

343- المـــادة 1056 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

والملاحظ أن القانون الجديد حدد أحكاما لمراجعة الحكم التحيكمي الصادر خارج الجزائر وصيغته التنفيذية في الجزائر مختلفة تماماً عـــن أحكـــام مراجعة الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائـــر.

فقـــرة 2 : الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائـــر

1- الحكـــم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر قابل للإبطـــال ضمن شروط الإبطال الستة ويؤدي الطعن ببطلان الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر الى طعن بقوة القانون في أمر التنفيذ ويحول دون اعطائه صيغة التنفيذ لحين البت بطلب الإبطـــال[344].

2- أسبـــاب الإبطال هي ستة[345] وهي لإبطال الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر أو لإستئناف الأمر القضائي بإعطاء صيغـــة التنفيذ أو بالإعتـــراف[346] بالحكم التحكيمي الدولي الصادر خـــارج الجزائـــر وهي محددة على سبيل الحصر :

السبب الأول : اذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الإتفاقيـــة،

344- المـــادة 1058 فقرة اولى من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

345- المـــادة 1056 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

346- المـــادة 1058 فقرة ثانية من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

السبب الثاني : اذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفاً للقانـــون،

السبب الثالث : اذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمـــة المسندة اليهـــا،

السبب الرابع : اذا لم يـــراع مبدأ الوجاهيـــة،

السبب الخامس : اذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمهـــا، أو اذا وجد تناقض في الأسبـــاب،

السبب السادس : اذا كان حكم التحكيم مخالفاً للنظام العـــام الـــدولي.

3- والملاحظ ان القانون الجديد اعتمد فكرة النظام العام الدولي وليس النظام العام الداخلي بالنسبة للحكم التحكيمي الدولي والأمر القضائي بإعطائه صيغة التنفيذ سواء الحكم التحكيمي الدولي الصادر خارج الجزائر او الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائـــر.

4- الملاحظ أن أسباب الإبطال الستة لإستئناف الأمر القضائـــي بإعطـــاء صيغة التنفيذ أو الإعتراف بالحكم التحكيمي الدولي الصادر خـــارج الجزائر هي على سبيل الحصر بالنسبة للأمر القضائي بإعطاء صيغة التنفيذ والإعتراف بينما ليست هـــي على سبيل الحصر وليست محصورة بالأسباب الستة بالنسبة لإبطال الحكم التحكيمي الـــدولي

الصادر في الجزائر، اذ بينما نص القانون الجديد على أنه "لا يجـوز استئناف الأمر القاضي بالإعتراف أو بالتنفيذ الا في الحالات الآتية"[347] أي المحددة حصراً. الا انه حين جاء لإبطال الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر[348] نص على انه "يمكن ان يكون حكم التحكيـم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056" ففي المادة 1056 يقول القانون الدولي الجديد "لا يجوز استئناف". بينمـا يقول في المادة 1058 "يمكـن ..." "فلا يجوز" بالنسبة للحكم الدولي الصادر في الخارج الا للأسباب الستـة المحددة على سبيل الحصر "ويمكن" بالنسبة للحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر. يمكن اي انه يمكن الإستناد الى الأسباب الستـة للإبطال كما يمكن الإستناد الى غيرهـا..

5- الملاحظ ان المادة 1056 نصت على أنه "لا يجـوز استئناف الأمـر القاضي بالإعتراف أو بالتنفيذ الا في الحالات الآتية: (الحالات الست الواردة أعلاه) بينما نصت المادة 1058 الفقرة الثانية على أنـه "لا يقبـل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار اليه اعلاه (أي الصادر في الجزائر) أي طعن، غير ان الطعن ببطلان حكم التحكيـم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ... وبالتالي فإن

347- المـادة 1056 من قانون المرافعات المدنية الفرنسـي.

348- المـادة 1058 من قانون المرافعات المدتية الفرنسـي.

اعطاء صيغة التنفيذ أو الإعتراف بالحكم التحكيمي الصادر في الجزائر يعتبر محصناً من أي مراجعة قضائية الا مراجعة ابطال الحكم التحكيمي الدولي ذاته التي تؤدي الى شل اثر الصيغة التنفيذية لحين بت القضـــاء بطلب ابطال الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائـــر.

6- في كـــل الأحوال يوقف تقديم الطعون واجل ممارستها تنفيذ أحكام التحكيـــم[349].

7- تكـــون القرارات القضائية الآمرة برفض اعطاء صيغة التنفيذ أو رفض الإعتراف بالحكم التحكيمي قابلة للإستئناف وللنقض[350].

8- القرار القضائي الآمر بإعطاء صيغة التنفيذ أو الإعتراف بالحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر قابل للإستئناف والنقض.

9- الأمـــر القضائي الذي يبت بطلب ابطال الحكم التحكيمـــي الصـــادر في الجزائر قابلاً للابطال والنقض.

349- المـــادة 1060 من القانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

350- المـــادة 1061 من قانون المرافعات المدنية الفرنســـي.

إجـــراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبيـــة

عمـــــر زودة
رئيس قســـم بالمحكمـــة العليـــا
أستـــاذ بالمدرســـة العليـــا للقضـــاء

المقدمـــــة :

يمكـــن تقسيم الأحكام القضائية من حيث المصدر إلى أحكـــام قضائية صادرة عن المحاكم التي تنشئها الدولة، وأحكام صادرة عن هيئـــة خاصة تسمى هيئة التحكيم، وهي الهيئة التي تعترف الدولـــة بأحكامها بشروط معينـــة.

وتبعا لذلك يعد التحكيم عملا قضائيا، من حيث الآثار المترتبـــة عليه، وعملا إتفاقيا من حيث مصدره، بذلك فهو يتمتع بحجية الشيء المقضـــى به وهذا ما تؤكد عليه المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، غير أن السؤال الذي يمكن أن يطرح، هل يكتسب حكم التحكيم حجية الأمر المقضى به بمجرد صـــدوره؟

إن الإجابـــة عن هذا السؤال تدعونا إلى تمييز بين الحجية بالمفهوم المنصوص عليه بالمادة 338 من القانون المدني، وقوة الأمر المقضى به.

فيقصد بحجية الشيء المقضى به، عدم جواز طرح نفس النزاع من جديد أمام القضاء، وإذا طرح مجددا، وجب على المحكمة أن تصرح بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها. وهذا هو الحكم الذي تقصده المادة 1031 المشار إليهـــا.

ومما لا شك فيه، فإن حكم التحكيم ينهي النزاع، فإذا جدد مرة أخرى، سواء أمام هيئة التحكيـــم أو أمام المحاكم القضائية، وجب القضاء بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيهـــا.

في حين يقصد بقوة الأمر المقضى به تلك الدرجة من القـــوة التي يصل إليها الحكم القضائي، تجعله قابلا للتنفيذ الجبري.

ولذلك، فإنه ينجر عن ذلك سؤال أخر، فهل يصل حكم التحكيم إلى هذه الدرجة من القوة بمجرد صدوره؟ أم أنه يتعين أن تنقضي عليه مواعيد الطعـــن؟ أو أن يستوفي شروط معينة يحددها القانـــون؟

تقتضي منا الإجابة عن هذا السؤال الرجوع إلى أحكام القانون، وخاصـــة منها أحكام اتفاقية نيويورك التي أنضمت إليها الجزائـــر، بموجب المرسوم المـــؤرخ في 1988/11/05 رقم 233/88.

فقـــد نصت في المادة 1/5 على ألا ينفذ حكم التحكيم إلا إذا أصبح ملزمـــا.

ومن ثم فإن هذه الاتفاقية لم تنص على ألا ينفذ حكم التحكيم إلا إذا أصبح نهائيا، بل نصت على ألا ينفذ حكم التحكيم إلا إذا أصبح ملزما، إذن فما هو المقصود بالحكم الملـــزم؟

إجابـــة عن ذلك نقول قد اختلف الرأي حول تفسير مصطلح الإلزام، إلا أن الرأي الغالب في الفقه يتجه إلى القول أن المقصود من تعبير الإلزام، أن يصدر الحكم حائزا لحجية الشيء المقضى بـــه.

غير أن هذا الـــرأي، لا يمكن التسليم به، طالما أن حكم التحكيم تترتب عليه آثار الأحكام القضائية، ومن تلك الآثار أن يصدر وهو حائز لحجية الشيء المقضى بـــه.

ولذلك يجب البحث عن المعنى المراد من تعبير الإلـــزام ؟

إن الاتفاقية المذكورة-وكما يبدو-تريد أن تخضع حكم التحكيم إلى نفس القوة التي يتمتع بها العقد وهو أنه وبمجرد التوقيع عليه يصبح ملزما لطرفيه، ويجب تنفيذه حتى ولو تم الطعن فيـــه.

فأرادت تلك الاتفاقية أن تخضع حكم التحكيم من حيث قوة الإلـــزام إلى نفس النظام القانوني الذي يخضع له العقد، ممـــا يحق للمحكوم له أن يطلب تنفيذه مـــن دولة التنفيذ فور صـــدوره دون حاجة إلى استصدار أمر بتنفيذه من محكمة الصدور، أو أن يشترط أن يصبح حكما نهائيا أو باتـــا.

فيكفـــي للمحكوم له أن يقدم إلى دولة التنفيذ حكم التحكيم، مرفقا باتفاقية التحكيم، وبعد ذلك لا يلتزم بأي التزام آخـــر.

وبذلك يخضع تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في الجزائر لأحكام قانـــون الإجراءات المدنية والإدارية وهو يحدد نظام الأمر كوسيلة لتنفيذ هذه الأحكام وذلك ما تقضي به المادة 1051 من نفس القانون.

وترتيبا على ذالك أنه لا يكفي أن يصدر حكم التحكيم حائزا لحجية الشيء المقضى به حتى يتمكن المحكوم له من مباشرة الإجراءات التنفيذيـــة، بل إلى جانب ذالك وجب أن يصدر الأمـــر بالتنفيذ، مما يؤدي ذلك إلى طرح التساؤل التالي :

فما هي الشروط الواجب توافرها لأجل استصدار الأمر بالتنفيذ؟ وهـــي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلـــي :

أولا : إيـــداع حكم التحكيـــم :

إن حكم التحكيم الدولي، قد يصدر في الجزائر أو خارجها، وبعد صدوره والتوقيع عليه من قبل المحكمين وجب ايداعه لدى السلطـــة المختصة، وذلك ما تقضي به المادة 1053 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذ جاء فيها ما يلـــي :

"تودع الوثائق المذكورة في المادة 1052 أعلاه، بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من طرف المعني بالتعجيـــل".

وبغير إيداع حكم التحكيم أمانة ضبط المحكمة المختصة، لا يمكن إصدار الأمر بالتنفيذ، ومؤدى ذلك، أن القاضي لا يستطيع أن يراقب حكم التحكيم والتحقق من توافر الشروط اللازمة لإصدار الأمـــر بالتنفيذ، إلا إذا تم إيداعه، ويعود ذلك إلى خضوع حكم التحكيم إلى رقابة الدولة، ولا يمكن لها أن تقوم بتلك الرقابة إلا إذا تم إيداعه لدى الجهة القضائية المختصـــة.

ويقوم بالإيداع، الطرف المعني بالتعجيل، ولن يكون هذا الطـــرف سوى من صدر الحكم لمصلحته، ولكنه لا يوجد ما يمنع أن يتم هذا الإبداع من طرف المحكوم عليـــه.

ويتم إيداع أصل حكم التحكيم أو نسخة منه باللغة التي صدر بها مرفقا باتفاقية التحكيم أو نسخة منهـــا.

وإذا صدر حكم التحكيم أو اتفاقية التحكيم بغير اللغة العربيـــة، فيجب أن تكـــون الوثيقتان مصحوبتين بالترجمة إلى اللغة العربية، وذلك ما تقضي به المادة 4/2 من الاتفاقية المذكورة، والمادة 8 مـــن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وأن تتم المصادقة على الترجمة من الجهة المعتمـــدة.

وقد سوى القانون بين الأصل والنسخة، فيمكن لصاحب المصلحة أن يقوم بإيداع أصل حكم التحكيم واتفاقية التحكيم، أو الاكتفاء بإيداع نسخ منهما تستوفيان شروط صحتهمـــا.

ويجب على أمين الضبط أن يقوم بتحرير محضر عن هذا الإيداع، وهي المسألة التي أشارت إليها المادة 1035 من نفس القانون، على أن يتحمل الأطراف نفقات إيداع العرائض والوثائق، وأصل حكـــم التحكيـــم.

والســـؤال الذي يتبادر إلى الذهن، فهل يكفي أن تودع تلك الوثائق لدى أمانة ضبط المحكمة، حتى تتمكن الجهة القضائية المختصة من إصدار الأمر بالتنفيذ ؟ أم يتوقف ذلك على إجراء آخر إلى جانب الإيداع؟ وتلك المسألة التي سأتطرق إليها فيما يلـــي :

ثانيـــا : تقديم طلب التنفيـــذ :

فلا يكفي أن يصبح حكم التحكيم قابلا للتنفيذ الجبري، بمجرد إيداع أصل حكم التحكيم مصحوبا باتفاقية التحكيـــم، أمانة ضبط المحكمة المختصة، بل يجب إلى جانب ذلك أن يتبع إجراء آخر، وهو تقديم طلب التنفيذ على اعتبار أن الإيداع ليس إلا عملا ماديا يتمثل في تسليم أصل حكم التحكيم مصحوبا باتفاقية التحكيم إلى أمانـــة المحكمة المختصـــة.

في حين طلب تنفيذ حكم التحكيم المقدم إلى المحكمة، فهو عبارة عن عمل قانون، يتم بواسطته تحريك نشاط القاضي، يلزمه أن يقوم بإصدار الأمر بالتنفيـــذ.

ويجب علـــى المحكوم له أن يرفق بطلب التنفيذ الوثائق التاليـــة :

1- أصل حكم التحكيم أو نسخة مـــنه.

2- أصل اتفاقية التحكيم أو نسخة منهـــا.

3- يجب أن تكون الوثيقتان المذكورتان مصحوبتين بالترجمة إلى اللغة العربيـــة.

4- نسخـــة من محضر إيداع الوثائق المذكورة سابقـــا .

يجب التمييز بين الوثائق التي يتـــم إيداعها لدى أمانة المحكمـــة المختصة، وبين المستندات التي يجب أن تكون مرفقة بطلب التنفيـــذ.

ويتعين علـــى القاضي الآمر-عندما يقدم إليه الطلب المرفق بتلك المستندات-أن يبت فيه، إما بإصدار الأمر بالتنفيذ وإما بإصدار الأمر بالـــرفض.

ويقـــوم القاضي، قبل إصدار الأمر بفحص الطلب، لكن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد، فهل يحق له أن يتطرق بالبحث والتحقيق في حكم التحكيم، مما يخول له أن يلغيه أو يعدله؟ أم أنه لا يجوز له ذلك؟ وبعبارة أخرى، فما هي حدود سلطات القاضي الآمر، وهـــو يفحص طلب التنفيـــذ؟ وهذا ما يدعونا إلى التطرق إلى هذه المسألة فيمـــا يلـــي :

ثالثا: حدود سلطات القاضي المختص في إصدار الأمر بالتنفيذ :

يختص رئيس المحكمة التي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه أو رئيس محكمة محل التنفيذ، إذ كان مقر التحكيم وقع خارج الإقليم الوطني، بإصدار الأمر بالتنفيـــذ.

ويجب على القاضي الآمر، أن يتأكد من المسائل التاليـــة :

1- إن طالب التنفيذ، قام بإيداع أصل أو نسخة من حكـــم التحكيم واتفاقية التحكيـــم.

2- أن يقـــدم طلبا مرفقا بالمستندات المشار إليها سابقـــا.

3- يجب أن يتحقق مـــن توافر الشروط الأساسية لمنح الأمر بالتنفيـــذ : وتقتضي تلك الشروط ألا يتضمن حكم التحكيم ما يخالف النظام العام الدولي في الجزائـــر.

وجدير بالملاحظة، فإن سلطات القاضي الآمر تنحصر في التأكد من أن حكم التحكيم خال من العيوب الإجرائية في حين أنه ليس من حقه، أن يبحث في موضوع النـــزاع، من حيث مدى صحة قضاء التحكيم فهو مختص فقط بمراقبة الشكل الذي يوجبه القانون، لإصدار حكم التحكيم وأنه في حالة ملاحظته أية مخالفة التي تؤدي إلى البطلان، وجب عليه أن يمتنع عن إصدار الأمر بالتنفيذ وتبعا لذلك فإن دور القاضي عند إصدار الأمر بالتنفيذ يقتصر على الرقابة، استنادا

إلى الأسلوب الذي تبناه المشرع الجزائري، وهو أسلوب الرقابة و لم يأخذ بأسلوب المراجعة أو الدعوى الجديدة، عند إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي.

إذا تنحصر سلطات القاضي بإصدار الأمر بالتنفيذ أو الرفض دون أن يتجاوز ذلك المساس بحكم التحكيم، أو أن يقوم بتعديله. غير أنه يجـــوز له أن يصدر الأمر بتنفيذ شق من حكم التحكيم دون الشق الأخر. وترتيبا على ذلك فإنه لا يجوز تنفيذ حكم التحكيـــم إلا بموجب الأمر بالتنفيذ، ومـــن ثم يثور التساؤل حول طبيعة هذا الأمر وهي المسألة التي سأتطرق إليها فيما يلـــي :

رابعـــا : طبيعـــة الأمـــر بالتنفيـــذ :

ومـــن نافلة القول أنه لا يجوز تنفيذ حكم التحكيم بدون أمر التنفيذ وهو الذي يرفع من مقامه إلى مرتبة الأحكام القضائية، وحكم التحكيم لا يعد سندا تنفيذيا في ذاته، بل هو جزء من السند التنفيذي وهذا الأخير يتكون من جزئين الأول يتمثل في حكم التحكيم والثاني يتمثل في أمر التنفيذ، وبناء على الطلب الذي يقدمه المحكوم له إلى رئيس المحكمة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ وهو يصدره وفق أحكام القواعد العامة في إصدار الأوامر الولائية فيقوم طالب التنفيذ بتقديم الطلب بالتنفيذ في شكل عريضة، طبقا لأحكام المادة 311 من قانون

الإجراءات المدنية والإدارية مشتملة على وقائع و أسانيد الطلب، مع تحديد مواطن مختارة للطالب في دائرة اختصاص المحكمة المقدم إليها الطلب. ويفصل رئيس المحكمة في الطلب المقدم إليه وفقا لاختصاصه الولائي. وأن ما يؤكد طابع العمل الولائي لاختصاص رئيس المحكمة أن دوره ينحصر في إزالة العقبة القانونية التي وضعها المشرع أمام المحكوم له. فهذا الأخير لا يدعي أي اعتداء يكون قد وقع على حقه أو مركزه القانوني، وإنما يواجه عدم فعالية إرادته، فقد حصل علـــى حكـــم التحكيم ولكنه لا يمكن الاعتراف له بمركز الدائن في دولة التنفيذ، إلا بعد حصوله على تأشيرة من طرف السلطة المختصـــة. وبالتالي فإن المحكوم له لا يدعي أي اعتداء ومن ثم فالقاضي لا يجـــد نفسه مدعوا إلى حل نزاع، وإنما هو مدعو إلى إزالة العقبة القانونية وذلك عن طريق منحه تأشيرة إلى حكم التحكيم كي يدخل إلى زمرة الأحكام القضائية وتبعا لذلك يعد الأمر بالتنفيذ عملا ولائيا بكـــل المقاييس وليس عملا قضائيـــا، وهـــو الأمر الذي يتماشى مع دور القاضـــي الذي ينحصر في رقابة هذا الحكم فإذا وجده مطابقا مع أحكـــام القانون منح له التأشيرة.

أما إن وجده غير متطابق مع أحكام القانون امتنع عن إعطاء له تلك التأشيرة، دون إعادة الفصل في موضوع النزاع، ولما كان عمل القاضي الآمر عملا ولائيا، فهو في الأصل يصدر أمره على ذيل العريضة.

غير أن قانون الإجراءات السابق، فقد نص على أن يوضع الأمر بالتنفيذ على أصل الحكم أو على هامشه وذلك طبقا لما تنص عليه المادة 458 مكرر 20، وهو نفس الحكم الذي تقضي به المادة 1478 من قانون الإجراءات المدنية الفرنســـي.

في حين النص الجديد، يقضي على أن يصدر الأمر عن رئيس المحكمة المختصة، دون تبيان شكل هذا الأمر، مـــا إذا كان يصدر في ذيل العريضة أو يوضع على ورقة حكم التحكيم أو على هامشه،كما ينص القانون الفرنســـي.

وما دام أن المشرع الجزائري قد سكت خلاف المشرع الفرنسي عن الشكل الذي سيصدر فيه الأمر بالتنفيذ، مما يعني ذلك أنه يصدر وفق أحكام القواعد العامة في الأوامر الولائية، وبالتالي يصدر بذيل العريضـــة.

وتبعـــا لذلك يقدم طلب التنفيذ إلى القاضي المختص في شكل عريضة، ويقوم بإصداره من دون إعلان الأطراف بالحضـــور.

وتخضع الأوامر الولائية إلى نظام قانوني، يختلف عن النظام القانوني الذي تخضع له الأحكام القضائية، ومن ذلك فالأوامر الولائيـــة، لا تحوز-كأصل عام-على الحجية، ويتظلم فيها بواسطة دعوى البطلان المبتدأة أمام نفس القاضي الذي أصدر الأمـــر.

ولذلك يجب التمييز بين أحكام التحكيم، فهي أحكام قضائية، تحوز على حجية الشيء المقضي به ويستنفذ القاضي سلطته بصدورها.

وبين الأمر بالتنفيذ، فهو يعد من قبيل الأوامر الولائية، فلا يحوز حجية الشيء المقضي به، ويجوز للقاضي العدول عنه، وإصدار أمـــر مخـــالف للأول، وذلك ما تقضي به المادة 312 من قانون الإجراءات المدنية والإداريـــة.

ويجب أن ينفذ أمر التنفيذ في خلال أجل 3 أشهر وإذا لم ينفـــذ خلال هذا الأجل، يبدأ من تاريخ صـــدوره، تعرض للسقوط، وذلك ما تقضي به المادة 311 من نفس القانـــون.

ويقوم القاضي بعد فحص الطلب، والتحقيق ما إذا كانت الورقة المعروضـــة عليه تستحق أن تمنح لها جنسية الأحكام القضائية، فإذا توافرت فيها تلك الشروط، ينتهي إلى الاعتراف بحكم التحكيـــم، ويصدر أمره بالتنفيـــذ.

وبعد إن انتهينا من تحديد طبيعة الأمر بالتنفيذ باعتباره من الأوامر الولائية، ومع ذلك سيبقى السؤال مطروحا حول ما إذا كان الأمر بالتنفيذ يخضع لأحكام القواعد العامة التي تخضع لها الأوامر الولائية من حيث طرق الطعن فيه أم أنه يخضع لقواعد خاصة تنفرد بهـــا؟

وهـــي المسألة التي سأتطرق إليها فيما يلـــي :

خامســـا : طرق الطعن في الأمر بالتنفيـــذ :

إن المشرع الجزائري، قد انتهج نهج المشرع الفرنسي، فهو يفرق من حيث طرق الطعـــن، بين أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة في الجزائر، وأحكام التحكيم الأجنبية الصادرة خارج الإقليم الوطني فيخضع كل نوع إلى أحكام خاصة بـــه.

وتبعا لذلك، سأتطرق إلى كل واحد منهما على حده فيما يلـــي:

1- حكـــم التحكيم الدولي الصادر داخل الجزائـــر :

فإذا أصدر حكم التحكيم الدولي في الجزائر، فهو غير قابل للتنفيذ الجبري، إلا بموجب الأمر بالتنفيذ الصادر عن الجهة القضائية المختصة.

ويكـــون الأمر بالتنفيذ في هذه الحالة، غير قابل لأي طريق من طرق الطعن، وهذا ما تقضي به المادة 1058 من نفس القانون، حيث جاء فيها ما يلـــي :

«لا يقبل الأمر الذي يقضي بالتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن» وهو نفس الحكم الذي تقضي به المادة 1488من قانون الإجراءات المدنية الفرنســـي".

غير أنه يمكن الطعن في هذا الأمـــر بطريق غير مباشر، وذلك في حالة ما إذا تم الطعن بدعوى البطلان في حكم التحكيم، فيترتب عليه وبقوة القانون طعن ضد الأمر بالتنفيذ، وهذا ما تقضي به المـــادة 1058 المومي إليها أعلاه، وهو نفس الحكم المقرر أيضا في القانون الفرنسي (المادة 1488 فرنســـي).

إذن حكـــم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر يقبل الطعن فيه بالبطلان، ويرفع هذا الطعن أمام المجلس القضائي الذي أصدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه، ويبدأ ميعاد الشهر ابتداء من تاريخ تبليغ الأمر بالتنفيـــذ.

وتبعـــا لذلك، فإن حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر، لا يقبل التنفيذ الجبري، إلا بعد حصول المحكوم له على أمر التنفيذ، وأن يتـــم تبليغه إلى المحكوم عليه، وانقضاء ميعاد الطعن بالبطلان فيـــه، يسري ابتداء من تبليغ الأمـــر.

ومع ذلك يبقى السؤال مطروحا، حول حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر، فهل يخضع لنفس القواعد التي يخضع لها حكم التحكيـــم الصادر داخل الإقليم الـــوطني؟ وذلك ما سأتطرق إليـــه فيمـــا يلي :

2 – حكـــم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائـــر :

بادئ ذي بدء أؤكد على أن حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الإقليم الوطني، غير قابل لأي طريق من طرق الطعن في الجزائر وهو البلد المراد التنفيذ فيه، وهو غير قابل للتنفيذ إلا بموجب الأمر بالتنفيذ الصادر عن رئيس محكمة محل التنفيذ، وذلك ما تقضي به المـــادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإداريـــة.

وقد ينتهي رئيس المحكمة-و هو يفحص طلب التنفيذ-إلى إصدار أحـــد الأمرين، و ذلك على النحو التالي :

أ – أن يصـــدر الأمر برفض الاعتراف أو رفض التنفيـــذ :

قد ينتهي رئيس المحكمة-وهو يفصل في طلب التنفيذ-إلى إصدار أمـــر يقضي برفض الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيـــم.

ويكون هذا الأمر قابلا للطعن فيه بالاستئناف، وذلك طبقا لما تنص عليه المادة 1055 من قانون الإجراءات المدنية والإداريـــة.

ولذالك،يجب على المستأنف الذي يرفع استئنافه في الأمر المذكور، أن يبنيـــه على أن هذا الأمر عندما انتهى إلى رفض الاعتراف أو التنفيـــذ، لم يكن يستند إلى إحدى حالات الرفض المنصوص عليها باتفاقية نيويـــورك.

مع الملاحظة أن المشرع الجزائري، قد تطرق إلى حصر الحالات التي يبنى عليها الاستئناف في الأمر الصادر بالاعتراف أو التنفيـــذ ولذلك، فلا يقبل الاستئناف في الأمر الصادر بالاعتراف أو التنفيذ إلا إن استند إلى أحد الحالات المنصوص عليها بالمادة 1056 من نفس القانـــون.

في حين سكت عن حصر حالات الاستئناف في حالة ما إذا انتهى الطلب إلى صدور الأمر يقضي برفض الإعتراف أو التنفيـــذ.

وتبعـــا لذلك، وكما نرى أن القاضي الآمر لا يجوز له أن يصدر الأمـــر برفض الاعتراف أو التنفيذ إلا إذا استند إلى إحدى الحالات المنصوص عليها بالمادة 1056 المذكورة أعـــلاه.

ب- أن يصـــدر الأمر بالاعتراف أو التنفيـــذ :

قد ينتهي رئيس المحكمة المختصة-و هو يفصل في طلب التنفيذ- إلى إصدار الأمر بالاعتراف أو التنفيـــذ.

ولا يقبل الاستئناف في هذا الأمر إلا إذا استند إلى إحدى الحالات الستة التي عددتها المادة 1056 من نفس القانون، ويرفع الاستئنـــاف في الحالتين أمام المجلس القضائي، في أجل الشهر يبدأ من تاريخ تبليغ الأمر الصادر عن رئيس المحكمـــة.

إن الأمر الصادر عن رئيس المحكمة سواء صدر برفض الاعتراف أو بالتنفيـــذ هو من الأوامر الولائية، والطعن فيه-كأصل عام-يكون بالتظلم منه بدعوى البطلان المبتدأة أمام نفس الجهة التي أصدرت الأمـــر.

وغني عن البيان، فإن الطعن بالاستئناف، لا يكون إلا في الأحكام القضائية الفاصلة في النـــزاع بين الخصـــوم.

غير أن المشرع الجزائري يميز بين الأوامر الولائية الصادرة بالرفض، فيطعـــن فيها بالاستئناف أمام المجلس القضائي، وذلك ما تقضي بـــه

المادة 312 من نفس القانون وبين الأوامر التي تقضي بقبول الطلب، فيطعن فيها عن طريق التظلم بدعوى البطلان المبتدأة أمـــام نفس القاضي الذي أصدر الأمر، وذلك طبقا لما تنص عليه المادة 312 من نفس القانـــون.

وقـــد انتهينا فيما سبق إلى أن الأمر الصادر بالتنفيذ أو برفض التنفيذ، فهو من الأوامر الولائية، وبالتالي فهو يخضع لأحكام الأوامر الولائية، ما لم يرد نص خاص يقضي خلاف ذلك.

وتبعا، فإن الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر داخل الإقليم الوطني، غير قابل لأي طريق من طرق الطعن، وهذا الحكم هو خروج عن أحكام القواعد العامة التي تخضع لها الأوامر الولائية. غير أنه يمكن الطعن فيه، بطريق غير مباشر، وذلك في حالة الطعن بالبطلان في حكم التحكيم فيعد هذا الأخير وفي آن واحد وفي ذات الوقت وبقوة القانون طعنا في الأمر بالتنفيـــذ.

أمـــا الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم الصادر خارج الإقليم الوطني، فهو يقبل الطعن فيه بالاستئناف أمام المجلس، ولا يقبل هـــذا الطعن ما لم يبين على إحدى الحالات المنصوص عليها بالمادة 1056 المذكـــورة، ويعد أيضا هذا الحكم خروجا عن أحكام القواعد العامة التي تخضع لها الأوامر الولائيـــة.

ومـــن ثمة فإن الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر داخل الإقليم الوطني غير قابل لأي طريق من طرق الطعـــن، في حين الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم الصادر خارج الإقليم الوطني فيقبل الطعن فيه بالاستئناف أمام المجلس القضائـــي.

ومع ذلك سيبقى السؤال مطروحا حول الآثار القانونية المترتبة عن الطعن في حكم التحكيم، وفي الأمر الصادر بالتنفيذ، وهي المسألة التي تقتضي منى التطرق إليها فيما يلـــي :

سادســـا : الآثار المترتبة على طعن في الأمر بالتنفيـــذ :

يترتب على الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائـــر، أو الطعن بالاستئناف في الأمر الصادر بالتنفيذ أثر موقف، وفقا لما تقضي به المادة 1060 من قانون الإجراءات المدنية، وهو نفس الحكم الذي تقضي به المادة 1506 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

وتبعا لذلك، يترتب على الطعون المنصوص عليها بالمواد 1055، 1056 و1058 من نفس القانون وقف التنفيـــذ.

ومـــن ثمة لا يبدأ في التنفيذ الجبري، إلا ابتدأ من انقضاء مواعيد الطعن بالبطلان أو الاستئنـــاف.

وكذلك ومادام مواعيد الطعن ما تزال جارية ولم تنقض بعـــد فيترتب عليها وقف التنفيـــذ.

ولذلك لا يستطيع المحضر القضائي، أن يشرع في التنفيذ الجبري. إلا بعد انقضاء مواعيد الطعن، فيجب على المحكوم له أن يقوم بتبليغ الأمر بالتنفيذ، وبانقضاء مواعيد الطعن بالبطلان أو بالاستئناف والتي يبدأ سريانها من تاريخ تبليغ الأمر بالتنفيذ، وبذلك يصبح بين أيدي المحكوم له السند التنفيذي يمكنه من الشروع في التنفيذ الجبري.

وقد تصدر أحكام التحكيم بدرجة نهائية، غير قابلة للطعن فيها بالاستئناف، طبقا لاتفاق الأطراف وذلك ما تنص عليه المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، من أن حكم التحكيم قابل للطعـــن فيه بالاستئناف ما لم يتنازل الأطراف على حق الاستئنـــاف كذلك، قد يصبح حكم التحكيم بالرغم من قابليته للطعن فيـــه بالبطلان أو الاستئناف قابلا للتنفيذ الجبري إذا كان مشمولا بالنفاذ المعجل، وذلك طبقا لما تقضي به المادة 1037 من نفس القانـــون.

إذن لا يستطيع المحضر القضائي أن يشرع في إجراءات التنفيـــذ الجبري،- إذ لم يكن حكم التحكيم مشمولا بالنفاذ المعجل أو لم يتنـــازل الأطراف على حق الاستئناف-إذ لم يتوافر بين أيديه الوثائق التاليـــة :

أولا : حكـــم التحكيم ممهور بالصيغة التنفيذيـــة.

ثانيـــا : الأمـــر بالتنفيـــذ.

ثالثـــا : محضر تبليغ الأمر بالتنفيـــذ.

رابعـــا : شهـــادة عدم الطعن بالاستئنـــاف.

وإذا كان هدف الطرفان-عندما يلجأن إلى التحكيم-وهـــو الوصول إلى حل النزاع بأقل التكاليف في المال والوقت، وبذلك يتم سد الطرق المفتوحة في التقاضي العـــادي.

غير أن القانون الجزائري جاء متطابقاً مع القانون الفرنسي وفتح باب الطعن في أحكام التحكيم، سواء بواسطة دعوى البطلان أو عن طريق الاستئناف، ورتب على هذا الطعن أثرا موقفا، وهذا ما يفتح الباب على مصراعيه أمام تحايل الخصوم، مما يؤدي إلى عدم فعالية قضاء التحكيم، ويعيده مرة أخرى إلى دروب الطعون التي يعرفها القضاء العـــادي.

وكـــان من الأجدر أن تأتي القاعدة معكوسة والنص علـــى ألا يكون للطعن أثر موقف، ويسمح فقط للمحكوم عليه أن يطعـــن بالبطلان أو الاستئناف، وأن يقدم إلى نفس الجهة التي تنظر في دعوى البطلان أو الاستئناف طلبا بوقف التنفيذ، ويترك تقدير مدى جديـــة هذا الطلب وكفاية مبررات وقف التنفيذ لتلك الجهة بمالها من سلطة تقديريـــة.

هذا الاتجاه هو الذي يتماشى مع طبيعة حكم التحكيم الذي يجد أساسه في اتفاق الطرفين، وبما أن العقد إذا حرر في شكل الرسمي فهو ملزم لهما، ولا يترتب على الطعن فيه وقف تنفيذه إلا عن طـــريق القضـــاء.

وبذلك يكتسي حكم التحكيم الفعالية اللازمة التي تتماشى مع طبيعته، كما يؤدي ذلك إلى المحافظة على مصلحة الطرفين، فيتمكن المحكوم له من اقتضاء حقه بأقصى الطرق، كما يمكن المحكوم عليه في حالة طعنه في الحكم بالبطلان أو الطعن بالاستئناف في أمر التنفيذ، أن يقدم طلب وقف التنفيذ إلى نفس الجهة التي تنظر في دعوى البطلان أو الاستئنـــاف، وإذا كان هذا الطلب يستند إلى أسباب معقولـــة وجدية، أمرت بوقف التنفيذ أما إذ وجدت أن الطلب لا يستند إلى أسباب جدية صرحت برفض طلب وقف التنفيـــذ.

حرية الأطراف في اختيار طرق حل النزاعات الناجمـــة عن العقد التجاري الـــدولي (في القانـــون الجزائـــري)

الأستـــاذ / أحمـــد بوقـــادوم
أستـــاذ القانـــون التجـــاري
كليـــة الحقوق - جامعة الجزائر

إن اتســـاع العلاقات التجارية الدولية بين الأشخاص من مختلف الأقطار والدول وفي مختلف مجالات الأنشطة التجارية، نتيجة للتطـــور المذهـــل في وسائل الاتصالات والنقل، جعل من العالم قرية صغيرة، يسهـــل مجال التبادل التجاري ويوسعه إلى مختلف الميادين، ممـــا زاد ويزيد في التعداد المضطرد للصفقات والعقود المبرمة بين المشتغلين في مجـــال التجارة الدولية وبالنتيجة أدى إلى تنامي النزاعات القانونيـــة فيما بينهـــم.

وقد أدى الارتفاع المتزايد للمنازعات بين أطراف مختلفة الأوطان ومتباينة القوانين إلى توجه المتعاملين الدوليين، رغبة منهم في التحـــرر

من قيود الأنظمة القانونية الوطنية الجامدة، إلى ترسيخ مبادئ وأسس جديدة تمنحهم سلطات واسعة في اختيار طرق ووسائل حل نزاعاتهم الناشئة أو التي قد تنشأ بمناسبة العقود التي يبرمونها، وذلك إما بالإشارة الصريحة في العقد المبرم بينهم أو بالاتفاق اللاحق عند بروز النزاع، علـــى الطريقة أو الوسيلة المثلى لفظ النزاع وحله. كل ذلك من أجل الإبقـــاء على العلاقة التجارية قائمة فيما بينهم من جهة، ومن جهة أخرى بهدف التقليص من تعقيد وبطء الإجراءات التي يفرضها تطبيق القانون الوطني من طرف القاضي الداخلـــي.

أسوة بالتشريعات الحديثة، يمنح التشريع الجزائري للمتعاملين في مجـــال التجارة الدولية حرية واسعة لاختيار أبسط الطرق وأسهـــل الوسائل التي يرونها مناسبة لحل منازعاتهم مع الأطراف الأجنبيـــة.

وقـــد ساهم تحرير الاقتصاد الوطني وفتح السوق للمنافسة أمام المستثمرين الوطنيين والأجانب في مختلف المجالات الاقتصاديـــة، إلى تدخـــل المشرع في السنوات الأخيرة إما بإصداره لنصوص جديـــدة لتنظيـــم السوق والمنافسة فيها أو بإعادة النظر في القوانين القائمـــة وتحيينها لجعلها أكثرة ملاءمة مع التوجهات الجديدة للسياسة الاقتصادية الوطنيـــة وكذا تبنيه لأنظمة قانونية جديدة لجعل المنظومة التشريعية الوطنية أكثر انسجاما ومسايرة للتوجهات الحديثة للاقتصاد والتجارة

العالميين. بدءا بانضمام الجزائر في أواخر سنة 1988[1] إلى اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، المصادق عليها في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958، وانتهاء وإلى حد الآن بإصداره مؤخرا شهر فبراير 2008 لقانون جديد للإجراءات المدنية والإدارية[2] ضمّنه طرقا بديلة لحل النزاعات تتمثل في الصلح والوساطة بالإضافـــة إلى إعادة النظر في النصوص المنظمة للتحكيم التجـــاري الدولي، معتمدا بالدرجة الأولى على إرادة ورغبة الأطراف في اختيار الوسيلة التي يرونها مناسبة لحل نزاعاتهم، ستدعم لا محالة حرية أطراف العقد التجاري الدولي لاختيار طرق حل خلافاتهم الآنية أو المستقبلية دون خـــوف أو تخوف من انحياز أو عدم حياد القاضـــي.

1. مفهـــوم العقد التجاري الـــدولي

يحدد كل من القانونين النموذجيين للجنة الأمم المتحدة للقانون التجـــاري الدولي (الأونسيترال) للتوفيق[3] وللتحكيـــم[4] التجاريين الدوليين مفهوم العقد التجاري الدولي. حيث تقضي المادة الأولى لكل منهما بأن يمنح لمصطلح "التجاري" تفسيرا واسعا بحيث يشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطابع التجاري. وتشمل على سبيل المثـــال لا الحصر، أي معاملة تجارية لتوريد السلع أو الخدمـــات أو تبادلهـــا، اتفاق التوزيع، التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية، البيع

الإيجاري، تشييد المنشآت، الخدمات الاستشارية، الأعمال الهندسية، منح الرخص، الاستثمار، التمويل، الأعمال المصرفية، التأمين، اتفاق أو استغلال الامتياز، المشاريع المشتركة وغيرها من أشكال التعـــاون الصناعـــي أو التجاري والنقل بمختلف أنواعه ووسائله (سواء كـــان جـــوا أو بـــرا أو بحرا أو بالسكك الحديدية وسواء للركـــاب أو البضـــائع)...

أما مصطلح "دولي" فيطلق على العلاقة التي يكون فيها مقر عمل طرفي العقد في دولتين مختلفتين، وقت إبرام العقد أو إذا كانت الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين أو الأطراف مختلفة عن الدولـــة التي ينفـــذ فيها جزء جوهري من التزامات العقد التجاري أو عن الدولة التي لموضوع النزاع صلة وثيقة بهـــا.

فالدولية بهذا المفهوم لا تعتد بجنسية طرفي العقد التجاري، فقد يكونـــان من جنسية واحدة وبالرغم من ذلك يعد العقد دوليـــا متى توافرت إحدى الحالات المشار إليها أعـــلاه.

2. حرية الأطراف في اختيار طرق حلّ النزاع في التشريع القائم:

منح المشرع عـــدة وسائل لأطراف عقد تجاري دولي، لاختيار أنجعها وأكثرها ملاءمة لحل النزاع الذي قد ينشأ بينهم بمناسبة تنفيذ أو تفسير أو عدم إمكانية تنفيذ العقد المبرم بينهم. وذلك إما باللجوء

إلى الحل الودي للنزاع وإما باللجوء إلى القضاء أو باللجوء إلى عدالة خاصة والمتمثلة في التحكيـــم.

ترسّخ القواعد العامة هذا المبدأ في المادة 106 من القانون المدني والتي تقضي صراحة بأن العقد شريعة المتعاقدين. تطبيقا لهذا المبدأ العام، يمكن لأطراف علاقة تجارية دولية إما الاتفاق السابق في العقد نفسه أو الاتفاق اللاحق لظهور النزاع على وسيلة حله، كالمفاوضات الودية التي تسبق عادة اللجوء إلى طريقة أخرى أكثر وجاهية وأشـــد تصادما أو باللجوء إلى الصلح الذي يتم اللجوء إليه عند ظهور النزاع أو التحكيم متى اتفق الأطراف صراحة عليه، كل بهدف الإبقاء على العلاقـــات التجارية قائمة مستقبلا، أو باللجوء إلى القضاء العـــادي كآخر حل في حالة عدم التوصل إلى حل ودي بواسطـــة التوفيق أو عدم التوصل إلى صلح أو عدم الاتفاق على التحكيـــم.

1.2. حـــل النزاع بواسطة التـــوفيق

تعـــرف المادة الأولى من قانون الأنسيترال النموذجي للتـــوفيق التجاري الدولي المشار إليه "التوفيق" بأنه كل عملية سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بأي تعبير آخر له معنى مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر أو أشخاص آخرين مساعدتهما في سعيهما من أجل التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية

أو قانونية أخرى، دون أن يكون للقائم بالتوفيق أي صلاحية لفرض حل للنزاع على الطرفين. فالطرفان غير ملزمين باحترام الحل الذي يقترحه الموفّق عليهما، إلاّ إذا اتفقا صراحة على الحل المقترح عليهما، وفي هذه الحالة يصبح في مرتبة العقد الواجب احترامـــه.

وفي حالـــة عدم توصل الموفّق إلى حل للنزاع ينتقل الأطـــراف بنزاعهم إلى الوسيلة الموالية المعتمدة من طرفهم التي قد تكون باللجوء إلى التحكيم أو القضاء، حسبما اتجهت إليه إرادتهـــم.

2.2. حـــل النزاع عن طريق الصلح

الصلح طبقا للمادة 459 من القانون المدني هو "عقد ينهي بـــه الطرفان نزاعا قائما أو يتقيان به نزاعا محتملا..." وذلك بأن يتنازل كل طرف من أطراف النزاع على وجه التبادل على جزء مما يدعيه.

ونظرا لاعتبار الصلح عقدا فيجب أن يتوافر فيه ما يجب توافره في أي عقـــد من أركان. أما محل الصلح فهو الحق المتنازع عليه والذي يجب أن يتنازل كل طرف فيه عن جزء منه[5]. غير أنه لا يجوز الصلح إلاّ في المسائل الماليـــة، فلا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالـــة الشخصية ولا في تلك المتعلقة بالنظام العـــام[6].

ويجب أن يفسر عقد الصلح تفسيرا ضيقا، فلا يمكن أن يشمل إلاّ الحقوق التي كانت بصفة واضحة محلاّ للنزاع الذي فصل فيه الصلح[7].

ويترتب عـــن الصلح إنهاء النزاع محل الصلح وذلك بانقضـــاء الحقـــوق والادعاءات التي تنازل عنها كل طرف بصفة نهائيـــة[8]. وللصلح أثر كاشف لما احتواه من حقوق متنازع عليها ويقتصر هذا الأثر على هذه الحقوق دون سواها[9]. ودور القاضي في هذه الحالة لا يعتبر إلاّ كاشفا ومقررا لإرادة الأطراف في حكم قضائـــي واجب التنفيـــذ لا غير.

أما فيما يتعلق بإثبات الصلح، فإن المشرع لم ينص صراحة على إثباته بالكتابة، كما فعلت بعض التشريعات الأجنبية[10] التي استلهم منها معظم أحكام القانون المدني. علما بأن غالبا ما يكون نتـــاج مفاوضات طويلة وجلسات عديدة، يحتوي في كثير من الأحيان على اتفاقات وبنود معقدة يصعب إثباتها بغير الكتابة. غير أن الحقوق التي اشترط المشرع الكتابة الرسمية في إثباتها، فإن الصلح المتعلق بها لا يجوز إثباته إلاّ بالكتابـــة.

2. 3. الاختيـــار الإرادي للقضـــاء الوطني

تجيز المادة 10 من قانون الإجراءات المدنية الحالي والذي سينتهي العمـــل به ابتداء من أول أبريل 2009 والتي أصبحت المـــادة 42 في قانون الإجراءات المدنية الجديد، لكل جزائري أن يقاضي كل أجنبي أمام المحاكم الجزائرية، ولو لم يكن مقيما في الجزائر، لمطالبته بتنفيذ التزامـــات أبرمها معه سواء في الجزائر أو في بلد أجنبي.

كما يجوز، حسب نص المادة 11 من نفس القانون للأجنبي متابعة الجزائري قضائيا في الجزائر، من أجل التزامات تعاقد معه عليها في بلد أجنـــــبي.

تلك وسيلـــة أخرى يمكن لأطراف عقد تجاري دولي اللجوء إليها لحل نزاع محتمل قد ينشأ بينهم، سواء بناء على طلب الجزائـــري أو الأجنـــبي.

2. 4. اختيـــار التحكيم كوسيلة لحـــل النزاع

أقـــرت المادة 442 من قانون الإجراءات ا لمدنية التحكيم، حيث أجازت لكل شخص طلب التحكيم في جميع الحقوق التي له مطلق الحريـــة للتصرف فيها، باستثناء الالتزامات المتعلقة بالنفقـــة والإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس والمسائل المتعلقة بالنظام العام وكذا حالة الأشخاص وأهليتهـــم.

1.4.2 مفهـــوم التحكيم التجاري الـــدولي

يعتبر التحكيـــم تجاريا في مفهوم قانون الإجراءات المدنية القديم، ذلك التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح تجارية. ولكي يعتبر التحكيم التجاري دوليا فيجب أن يكون مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج[11]. مفاد ذلك أنه لا يعتد بجنسية طرفي أو أطراف العقد المتضمن اتفاقية أو شرط التحكيم، وإنما يعتد بمقر

الإقامة ولو كانا أو كانوا من جنسية واحدة. بنصه على ذلك، يكون المشـــرع قد ساير التعريف المعتمد من قبل الأنسيترال في قانونيـــه النموذجين للتوفيق والتحكيم التجاريين الـــدوليين.

يعرف التحكيم بأنه نظام تسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم أطراف النزاع إما مباشرة أو عن طريق نظام للتحكيـــم[12].

كمـــا يعرف بأنه قضاء خاص تمنحه إرادة الأطراف إلى أفـــراد عاديين للفصل في نزاع يخصهـــم[13].

والتحكيم بهذا المعنى هو تأسيس عدالة خاصة بين الخصوم يُخرج النـــزاع بواسطته من اختصاص القضاء العـــادي، ليفصل فيه أفـــراد عاديون مُنحوا، لهذا الغرض، مهمة القاضي. فهو يعبر عن رغبة أطراف النزاع في التخلص من اختصاص قضاء المحاكم فيما يخص نزاعهـــم.

أما مصطلح "التحكيم التجاري الدولي"(commercial Arbitrage international)، فقـــد استعمل لأول مرة في مؤتمر الأمم المتحـــدة للتحكيم التجاري الدولي الذي انعقد بنيويورك في الفترة مـــا بين 20 مايو و10 يونيو 1958 والذي انتهى بالتوقيع على اتفاقية نيويـــورك لسنـــة 1958 المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية[14] والتي انضمت إليها الجزائـــر في 1988/07/12.

2.4.2 فوائـــد التحكيم التجاري الـــدولي

للتحكيـــم فوائد متعددة تتمثل أهمهـــا في:

أ) إن التحكيم يسمح باختيار المحكم بالنظر إلى شخصيته وبالنظر إلى اختصاصه الذاتي و بالنظر إلى خصوصيات موضوع النزاع عكس القضـــاء.

ب) سرية مداولاته، حيث أنه يتجنب أي إشهار فهو يحفظ أسرار القضية بين الأفراد أو الشركات المتنازعة من الانتشار والإشهار، عكس القضـــاء الذي من خصوصياته علانية الحكم و علانية الإجراءات ما عدا ما استثني منها بنص صريح في القانون. لذلك فإن السريـــة التي تحيط بمداولات التحكيم والقرار الذي يصدر بعد ذلك يؤدي إلى التوفيق بين أطراف النزاع نتيجة للجو السيكولوجي الذي يؤدي إلى زوال التوتر بين أطراف النزاع بعيدا عن المواجهة العلانية كما هـــو الحـــال أمام القضاء العادي، مما يسمح على الإبقاء على العلاقـــات والروابط التجارية قائمة بين الطرفين بغض النظر عن نتيجة التحكيم.

ج) سرعـــة حل النزاع و ذلك نظرا للحرية المطلقة التي يتمتع بها أطـــراف النزاع في تبسيط الإجراءات كالتنازل عن الطعن، وإلغـــاء التنازع القضائي كما أنه يمكن لهم فرض آجال محددة على المحكمين لإصدار قرارهم، بالإضافة إلى ذلك ففي حالة غياب النص القانوني أو

عدم تكيفه مع النزاع فإن الحكم يمكنه أن يخلق القانون لحل النزاع يستمد أحكامه من قواعد التعامل في مجال التجارة الدوليـــة.

وقـــد عرف التحكيم في إطار العلاقات التجارية الدولية ازدهارا مضطردا نظرا للفوائد السابقة ذكرها، إضافة إلى أنه يؤدي إلى تجنب اللجوء إلى القضاء الوطني لما قد يتمتع به هذا الأخير من نظرة وطنية ضيقة للنزاع بالإضافة إلى عائق اللغة حيث لا يسمح بالمرافعة أمـــام القضاء العادي إلا باللغة الوطنية، بينما يمكن في إطار التحكيم الاتفاق على لغة معينة أو عدة لغات للتحكيـــم.

3.4.2. اتفاقيـــة أو شرط التحكيم التجاري الـــدولي

اتفاقيـــة التحكيم هي تعهد شخصين أو أكثر على عرض النزاع الـــذي نشأ أو سينشأ بينهم نتيجة لعلاقة قانونية معينة موجودة أمام محكم أو أكثـــر.

فهي تغطي مفهومي شرط التحكيم (compromissoire clause) والذي يستعمل عادة كشرط في العقود ويهدف إلى الالتزام بعـــرض النزاع الذي قد يظهر مستقبلا على التحكيم، أما التعهد بالتحكيم (compromis d'arbitrage) فيهدف إلى عرض النزاع القائـــم بين الأطراف حاليا على التحكيـــم.

ويجب أن يتم إبرام اتفاقية التحكيم كتابة وإلاّ كانت باطلة[15]. غير أن الكتابة المطلوبة هنا لا يشترط فيها أن تكون رسمية إذ يكفـــي أن تكون الكتابة عرفية. ويلاحظ أن المادة الثانية لاتفاقية نيويـــورك لسنة 1958 المشار إليها سابقا والسارية المفعول في الجزائر توسع من مفهوم "الاتفاقية المكتوبة"، حيث تعتبر كل شرط مدرج في العقد أو في اتفـــاق التحكيم الموقع من الأطراف أو المتضمن في رسائـــل أو برقيات، بمثابة اتفاقية مكتوبـــة.

ومتى تضمن العقد اتفاقية التحكيم بهذا الشكل، وجب على القضاء الوطني المنضمة دولته إلى الاتفاقية الدفع بعدم اختصاصه للنظر في النزاع متى تمسك أحد الأطراف بذلك[16].

3. حريـــة الأطراف في اختيار طرق حلّ النزاع طبقا لقانـــون الإجـــراءات المدنية الجديـــد

إن قانون الإجراءات المدنية الجديد قد نص، إضافة إلى الوسائل المعتمدة في القانون القديم للإجراءات المدنية[17]، على طرق جديدة لحل النزاع لم تكن معتمدة من قبل، يمكن إخضاع النزاع الناجم عن عقد تجـــاري دولي إليها، والمتمثلة في الطرق البديلة المنصوص عليها في الكتاب الخامس منه. وذلك إما بالاتفاق المسبق والصريح في العقـــد باللجوء إلى القضاء الجزائري أو بالاتفاق اللاحق على رفع النـــزاع

القائم أمامه، أو بالاتفاق الضمني على اختصاص القضاء الجزائري رغم وجود شرط أو اتفاقية التحكيم متى اتفق الأطراف صراحـــة أو ضمنا على التنازل عن التحكيم لصالح الاختصاص القضائي الجزائري، وذلك بعرض النزاع أمامه رغم احتواء العقد على شرط التحكيم[18].

1.3. الوساطـــة في النزاع التجاري الـــدولي

يعتبر التوفيق أو الوساطة من الطرق الودية الهامة المعتمدة لحل النزاعـــات في العقود التجارية الدولية الأمر الذي دفع بلجنة الأمـــم المتحدة للقانون التجاري الدولي إلى اعتماد قانون نموذجي للتـــوفيق كمرجع يمكن للتشريعات المختلفة تبني أحكامه أو البعض منهـــا في قوانينها الداخليـــة.

ومن الوسائل التي استحدثها المشرع في القانون الجديد للإجراءات المدنية الوساطة، حيث تقضي المادة 994 منه بوجوب عرض القاضي المرفوع أمامه النزاع إجراء الوساطة على الأطـــراف.

ويتم تعيين الوسيط، في حالة موافقة الأطراف من طرف القاضي بموجب أمر[19] سواء كان فردا أو جمعية وفي هذه الحالة يجب علـــى رئيسها تعيين أحد أعضائها للقيام بهذه المهمة مع ضرورة إعلام القاضـــي بهذا التعيين[20]. ويجب في كل الأحوال احترام الشـــروط المنصوص عليها في المادة 998 من نفس القانون، على أن لا تتجـــاوز

مدة الوساطة 3 أشهر غير قابلة للتجديد إلاّ مرة واحدة بعد موافقة أطراف النـــزاع[21].

وقـــد تنتهي مهمة الوسيط بالتوفيق بين الخصوم، كما قد تنتهي بفشله، وفي كلتا الحالتين يجب على الوسيط إعلام القاضي كتابيـــا بالنتيجـــة التي توصلت إليها وساطته. وفي حالة حصول اتفـــاق بين الأطراف، يحرر محضرا بذلك يوّقع عليه الخصـــوم[22].

غير أنه يمكن للقاضي إنهاء الوساطة في أي وقت إما بناء على طلب من الوسيط أو من أحد الخصوم أو من تلقاء نفسه إذا ما اتضح له عدم الجدوى منها[23].

وفي كـــل الأحوال ترجع القضية للنظر فيها أمام نفس الجهـــة القضائيـــة بعد استدعاء الخصوم والوسيط من طـــرف أمين الضبط للفصل فيهـــا[24].

وفي حالـــة توصل الوساطة إلى اتفاق، يصادق القاضي على ذلك بموجب أمر غير قابل للطعن ويعد محضر الاتفاق في هذه الحالة سندا تنفيذيا[25].

ويلاحظ في هذا الصدد بأن للقاضي دور إيجابي في إقراره للوساطة ومتابعته لها وإشرافه عليهـــا.

2.3. الصلح كوسيلـــة لحل نزاع تجـــاري دولي

إذا كانت الوساطة قد حظيت باهتمام المشرع حيث نظمها في 11 مادة، فإن الصلح لم ينل نفس الاهتمام إذ لم ينظم إلاّ بأربع مواد فقط، قد يكون ذلك راجع لتنظيم الصلح في الأحكام العامة للقانون المدني (المواد 459-466). بالرغم من ذلك تبقى النصوص المنظمـــة للصلح في قانون الإجراءات المدنية الجديد ناقصة من جهة وغامضة مـــن جهة أخـــرى.

عكس الوساطة فقد جعلت المادة 990 اللجوء إلى الصلح جوازيا سواء بالنسبة للخصوم وحتى بالنسبة للقاضي. وبالتالي فلإرادة الأطراف دور أساسي في اعتماد الصلح كطريقة لحل النزاع ابتداء وانتهاء، وما للقاضي في ذلك إلاّ دورا مقررا لتلك الإرادة. ذلك ما يمكن فهمه من أحكام المادة 992 التي تقرر إيداع محضر الصلح أمانة ضبط الجهة القضائية التي تم من خلالها الاتفاق عليه، بعد التوقيع عليه مـــن أطراف النزاع والقاضي وأمين الضبط ليصبح بعد ذلك سندا تنفيذيا[26]، دون الإشارة فيما إذا كان يجب أن يصدر في شكل أمر أم حكم قضائي، مما يجعل من الجهة القضائية التي تم الصلح في كنفهـــا مجرد مصلحة لتسجيل ذلك الصلح ليصبح متمتعا بالحجيـــة.

3.3. مفهـــوم التحكيم التجاري الدولي في القانون الجديـــد للإجراءات المدنيـــة

تحت عنوان "في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الـــدولي" للفصـــل السادس من قانون الإجراءات المدنية الجديد، تنص المـــادة 1039 على أنه "يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

غير أن المادة المذكورة تستدعي الملاحظات التاليـــة :

أ) عدم انسجام المادة مع عنوان الفصل: فبينما نلاحظ تخصيص عنوان الفصل لـــ"الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي"، نجد المادة تعرف لنا "التحكيم الدولي" وليس التحكيم التجاري الدولي. مما يدفع إلى الاعتقاد بأن التحكيم المقصود هنا هو التحكيم الذي يتم بين الـــدول فيما بينها أو بينها وبين المنظمات الدولية وكلها تعتبر من أشخاص القانون العام والخاضعة عادة لأحكام وقواعد القانون الدولي العـــام.

بينمـــا المقصود من هذا الفصل ونصوصه وأحكامه هو التحكيم الـــذي يتفق عليه أشخاص القانون الخاص سواء كانوا أشخاصـــا طبيعيين أو اعتباريين.

ب) أما الملاحظة الثانية والمتعلقة بنفس المادة والتي تستدعي الاهتمام والدراسة، والتي ستخلق لا محالة إشكالا في تطبيقها والتعامل بهـــا، فتتمثل في تخصيصها للتحكيم الدولي لـــ"النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقـــل".

فنلاحظ بأن هذه الفقرة قد تدفع إلى الاعتقاد بأن التحكيم الدولي بهذا المعنى يهدف إلى حلّ النزاع القائم بين دولتين على الأقل مـــن جهة، ومن جهة أخرى عندما يتعلق ذلك النزاع بمصالحها الاقتصادية، في حين أن هذا النزاع له أحكامه الخاصة ونظامه الخاص بالإضافة إلى أجهزته المعتمدة والتي تخضع لمعاهدات وهيئات دولية متخصصة في هذا الشـــأن.

أما إذا كان المقصود بها المصالح الاقتصادية لأشخاص من دولتين على الأقل، فإن هذا النص الجديد يكون قد وسع إلى أقصى حدّ من مجال النشاطات الاقتصادية، التي يمكن الاتفاق على إخضاع النزاعات القائمة أو التي ستقوم بشأنها للتحكيم الدولي، يشمل بالإضافة إلى الأنشطة الصناعية والتجارية، الأنشطة الزراعية والحرفية. مما قد يخلق مصاعب للمتعاملين الجزائريين، نتيجـــة تعاملهم مع أجانب محترفين سيفرضون عليهم عقودا محكمة الصياغة وفي غاية من التعقيد معـــدة من طرف خبراء متمرسين تتضمن، إضافة إلى شرط التحكيم، بنودا

سيلتزمون بها قد تكون في غير صالحهم وذلك لنقص تجربتهم في ذلك وانعدام ثقافة الاستعانة بذوي الخبرة القانونية، مع ندرتها، في هذا الصـــدد.

ولسنـــا ندري، في غياب نشر الأعمال التحضيرية، سبب تغيير مفهوم التحكيم التجاري الدولي الوارد في النصوص السابقة لاسيما المـــادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية القديم، علمـــا بأن النص المذكور لم يجد بعد مجالا للتطبيق في الواقع حتى يمكن الحكـــم عليـــه وعلى مدى صلاحيته من عدمها وبالتالي تعديله أو تغييره.

الهـــوامش:

1) المرسوم رقم 88 - 233 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1409 الموافق 5 نوفمبر 1988، المتضمن انضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك المصادق عليها في مؤتمر الأمم المتحـــدة، بتاريخ 10 يونيو سنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبيـــة وتنفيذهـــا.

2) الصادر بالقانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، والساري المفعول، طبقا للمادة 1062 منه، ابتداء من 23 أبريـــل 2009.

3) قانون الأنسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لسنة 2002، منشورات الأمم المتحدة لسنة 2004.

4) قانون الأنسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات المعتمدة عام 2006، منشورات الأمم المتحدة لسنة 2008.

5) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج5، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص. 554.

6) المـــادة 461 من القانون المدني.

7) المـــادة 464 من القانون المدني.

8) المـــادة 462 من القانون المدني.

9) المـــادة 462 من القانون المدني.

10) كالقانون الفرنسي في المادة 2044 فقرة 2 والقانون المصري في المادة 552.

11) المـــادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنيـــة.

12) Henry P. De Vries, International Commercial Arbitration : A Contractuel Substitute for National Courts, Tulane Law Review, Vol. 57, P. 43

13) l'Arbitrage en Droit Belge et International, Bruylant Marcel Huys & Guy Keutgen, Bruxelle, 1981, p. 21

14) Marcel Huys & Guy Keutgen المرجع السابق ص.431 وما بعدهـــا.

15) المـــادة 458 مكرر 2/1 من قانون الإجراءات المدنية الحالي.

16) المادة 3/2 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المشار إليها أعلاه.

17) والمتضمنة إمكانية اللجوء إلى القضاء الجزائري المنصوص عليها في المادتين 10 و11 في القانون القديم وأصبحتا المادتان 41 و42 في القانون الجديد، إضافة إلى التحكيم التي عرفت بعض مواده تغييرا جوهريا في المحتـــوى.

18) المـــادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية الجديـــد.

19) المـــادة 999 من قانون الإجراءات المدنية الجديـــد.

20) المـــادة 997 من نفس القانـــون.

21) المـــادة 996 من نفس القانـــون.

22) المـــادة 1003 من نفس القانـــون.

23) المـــادة 1/1002 و2 من نفس القانـــون.

24) المـــادة 3/1002 من نفس القانـــون.

25) المـــادة 1004 من نفس القانـــون.

26) المـــادة 993 من نفس القانـــون.

دور وأهميـــة إتفـــاق التحكيـــم في العقـــود التجاريـــة الدوليـــة (في القانـــون الجزائري والقوانين العربيـــة)

الأستـــاذ : نـــور الديـــن بكلـــي
بـــاحث جامعـــــي

يعتبر التحكيم أول وأقدم وسيلة عرفها الإنسان لحل نزاعاته، رغم الانحســـار الذي عرفه بظهور الدولة الحديثة والمحاكم الوطنية، حين أصبح نظاما استثنائيا منتقدا لمنافسته لعدالة الدولـــة. أصبح التحكيم يعيش في هذه الفترة من التاريخ مرحلة ازدهار وتـــوسع.

تظهر أهمية التحكيم في وقتنا الحاضر في العدد الهائل من النزاعات المعروضة أمام الهيئات التحكيمية الدولية. وتتجلى كذلك في العقـــود الاقتصادية الدولية التي أصبحت لا تخلو من شرط التحكيم في طياتها. كما تتأكد هذه الأهمية في إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية في هذا المجال والمصادقة عليها، إلى جانب انتشار مراكز وهيئات التحكيـــم في اغلب أنحاء المعمـــورة.

يعتبر اتفاق التحكيم الحجر الأساس أو مركز الثقل في بناء التحكيم كنظام لحل نزاعات التجارة الدولية. بدونه لا يمكن اللجوء إلى هذه التقنية لفض النزاعات المرتبطة بعقود دوليـــة. أقصد باتفاق التحكيم الإتفاق الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بإخضاع النزاع للتحكيم، والذي يأخذ شكلين عادة، سواء صورة الشرط التحكيمي أو صورة مشارطة التحكيـــم، إن اتفاق التحكيم أصبح تحكمه مبادئ وقواعد قانونية مهمة وخطيرة ليس على اتفاق التحكيم فحسب لكن كذلك علـــى نظام التحكيم ككل كما سنـــرى.

قـــامت الجزائر كغيرها من الدول العربية بتعديل أحكامها الخاصة بالتحكيم مرتين : الأولى بموجب المرسوم التشريعي رقم 09/93 سنـــة 1993 والثانية مؤخرا في أفريل 2008 في قانون الإجراءات المدنيـــة والإدارية، مسايرة الاتجاهات الحديثة في التحكيم، كما انضمت سابقا لاتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية والى اتفاقية واشنطن لسنـــة 1965.

إن الإشكاليـــة التي تثور في هذه المداخلة تتركز في معرفة ما إذا كـــان إتفاق التحكيم يستمد فعاليته مـــن نظام التحكيم أم العكس يستمـــد نظام التحكيم قوته وفعاليته من إتفاق التحكيم؟ سأحـــاول الإجابة عن هذا التساؤل بالبحث عن مصدر فعالية اتفاق التحكيم في

طبيعته القانونية وفي فعالية آثاره سواء الايجابية منها أو السلبية، وأخيرا في مبـــدأ استقلالية اتفاق التحكيم الذي اعتبره مصدر فعالية اتفاق التحكيـــم. وانهي دراستي هذه بإبراز أهمية اتفاق التحكيم في أهـــم المواضيع المرتبطة بنظام التحكيـــم.

الفصـــل الأول :

مفهـــوم إتفاق التحكيم ودوره في العقود الدوليـــة

سيتـــم التعرف في هذا الفصل على مفهوم اتفاق التحكيم وتعداد صوره ثم تحديد طبيعته القانونية وآثاره في العقود الدوليـــة، وأخير معالجة موضوع فعالية مبدأ استقلالية اتفاق التحكيـــم.

المبحـــث الأول :

مفهـــوم اتفاق التحكيم وطبيعته القانونيـــة

المطلب الأول : تعريف إتفاق التحكيم وتحديد صوره

اختلفت التعريفات الفقهية لإتفاق التحكيم عن التعريفات القانونية رغم تأثير الأولى في الثانية، وتطور الأولى بسبب الثانيـــة.

الفـــرع الأول : تعـــريف إتفـــاق التحكيـــم

أولا : تعـــريف الفقـــه :

يعرفه الفقيه جولدمان B.GOLDMAN على أنه "هو الاتفـــاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف على أن يخضعوا للتحكيم سواء النزاعات التي يمكن أن تنشأ بينهما والمتعلقة بالعقد أو النزاعات التي نشـــأت والمتعلقة في كلتا الحالتين بالتجارة الدوليـــة[1].

ويـــرى الأستاذ فوشارد بأن إتفاق التحكيم يغطي في الحقيقة فكرتين مختلفتين من جهة شرط التحكيم Clause compromissoire وهو الشرط المنصوص عليه في العقد، وينص على أن أي نزاع يمكن أن يثور بسبب هذا العقد يتم الفصل فيه عن طريق التحكيم[2] ومـــن جهة أخرى مشارطة التحكيم Compromis d'arbitrage والتي هي إتفاق بين الأطراف يقومون بموجبه بإخضاع النزاع إلى محكم أو هيئة تحكيمية[3]،وتكون بعد إبرام العقد وبعد أن يثور النزاع بين الطرفين.

تتفق جميع التعريفات التي أوردها الفقه لإتفاق التحكيم على أن إتفـــاق التحكيم يشمل ما يسمى بشرط التحكيم وهو بند من بنود

(1)- Berthold GOLDMAN; Arbitrage commercial international J-CL dt int Fasc 586-1 , 1989 .

(2)- Ph. FOUCHARD. L'arbitrage commercial international, Dalloz, Paris, 1986 , P 53 .

(3)- Ph. FOUCHARD. Op Cit, P 53.

العقد، كما يغطي كذلك مشارطة التحكيم وهو الاتفاق المبرم استقلالا عن العقد[4]. إن تطور الإجتهاد التحكيمي والقضائي أصبح يظهـــر أشكالا أخرى لهذا الاتفاق كامتداد شرط التحكيم أو شرط التحكيم بالإحالة كما سنرى لاحقـــا.

ثانيـــا : تعريف القوانين العربية لإتفاق التحكيـــم :

تعرف بعض القوانين العربية اتفاق التحكيم بأنه هو إتفاق الطرفين للإلتجـــاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية. ونص عليه قانون التحكيم المصري والعماني في المادة العاشرة منهما والمادة الخامسة من قانون التحكيم الفلسطيني.

جاء هذا التعريف مشابها لأحكام المادة السابعة من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية، مع بعض الاختلاف في الصياغـــة.

كما عرفت إتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية الموقعة بنيويورك سنة 1958، المصادق عليها مـــن قبل الجزائر وأغلبية الدول العربية، عرفت إتفاق التحكيم، بأنه الإتفاق

(4)- عاطف بيومي محمد شهاب، الإختصاص بالتحكيم في عقود التجارة الدولية، دكتوراه في القانون، كلية الحقـــوق، جامعة عين شمس، 2001، ص 07.

المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف، بأن يخضعوا للتحكيم كـــل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع مـــن روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيـــم".

لم تعرف من جهة أخرى العديد من الدول العربية إتفاق التحكيم واكتفت بإجازته ربما لأنها تأخذ بالاتجاه الذي يرى بأن تحديد المفاهيم والتعاريف هـــو من عمل الفقه لا المشرع. من القوانين العربيـــة التي تفادت تعريف إتفاق التحكيم يمكن ذكر القانون الجزائري واللبناني والليبي والأردني والسعودي والكويتي والإماراتي والسوداني والمغربي.

الفـــرع الثاني : صـــور إتفاق التحكيـــم

يأخذ اتفاق التحكيم صورتين، صورة الشرط التحكيمي وصورة مشارطة التحكيـــم.

أولا : شـــرط التحكيـــم :

هـــو الشرط المنصوص عليه في العقد، وينص على أن أي نزاع يمكن أن يثور بسبب هذا العقد يتم الفصل فيه عن طريق التحكيم. تبين الدراسات بأن شرط التحكيم يعد أهم مصدر من مصـــادر التحكيـــم التجاري سواء الداخلـــي أو الدولي حيث تبين أن مـــا

يقـــارب من 80 % من عقود التجارة الدولية أصبحت تتضمن شرطا تحكيميـــا[5].

قـــد يقتصر مضمون شرط التحكيم على اتجاه نية الأطراف إلى الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات دون أي تفصيل يؤدي إلى تطبيق هذا النص، ويسمى بشرط التحكيم الفـــارغ.

كما قد يشمل مضمون شرط التحكيم تنظيم جوانب التحكيم من حيث تشكيل المحكمة واختيار هيئة التحكيم وتحديد موضـــوع النزاع والقانون الواجب التطبيق، ومكان انعقاد الجلسات، والمواعيد، وكيفية إصدار القرار التحكيمي في النـــزاع[6].

حسمت أغلب الاتفاقيات الدولية مسألة تحديد صور إتفـــاق التحكيم. نصت إتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية في المادة الثانية بأنه "يقصد" بإتفاق مكتوب "شرط التحكيـــم في عقد أو إتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطـــراف أو الإتفاق الذي تضمنه الخطابات المتبادلة أو البرقيات، كما تنص المادة السابعة من القانون النموذجي لـــ CNUDCI على أنه "... ويجـــوز

(5)- ناريمـــان عبد القادر، إتفاق التحكيم ، دار النهضة العربية القاهـــرة، 1996، ص 46.

(6)- أحمـــد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني الإتفاقيات البترولية في البلاد العربية، رسالة دكتوراه، كليـــة الحقـــوق، جامعة القاهرة، 1975، ص 486 .

أن يكون إتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة إتفاق منفصـــل".

نصت أغلب القوانين العربية على صور إتفاق التحكيم بدايـــة بقانون الإجراءات المدنية الجزائري في المادة 458 مكرر 01 التي تنص بأنه "تسري إتفاقية التحكيم على النزاعات المستقبلية والقائمة" وتقابلها المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ونص القانـــون المصري والعماني في مادتهما العاشرة الفقرة الثانية بأنه يجوز أن يكون إتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين ...كمـــا يجوز أن يتم إتفاق التحكيم بعد قيام النـــزاع".

قـــد يكون شرط التحكيم عاما أو خاصا. يكون عاما إذا أحال إلى التحكيم كل النزاعات المتعلقة بتفسير أو تنفيذ العقد. يكـــون خاصا إذا قصرت الإحالة للتحكيم على بعض المسائل أو الموضوعات دون غيرهـــا(7).

ج- إمتداد شرط التحكيـــم : كما تثير دراسة شرط التحكيم مسألة هامة وهي هل يمتد مجال شرط التحكيم من عقد ينص عليه إلى عقد آخر لا يتضمنه لكن له علاقة بأحد أطراف العقـــد؟ اختلفت

(7)- أحمد عبد الحميد عشوش ، نفس المرجع ، ص 477 .

فيه المواقف الفقهية، يمكن الحديث عن نوعين من الامتداد، الامتداد العمودي والامتداد الأفقـــي.

أ- الامتـــداد العمـــودي L'extension verticale :

ويعني امتداد شرط التحكيم من عقد أصلي Contrat principal يحتوي عليه إلى عقد تبعي Contrat accessoire لا يشتمل عليـــه.

ب- الامتـــداد الأفقـــي L'extension horizontale :

ويعني مد شرط التحكيم الذي وافقت عليه شركة أو أكثر إلى عقـــود وقعتها شركات أخرى لم تنص على شرط التحكيم، لكنهـــا تنتمـــي لنفس مجموعة الشركة أو الشركات الأولى.

ثانيـــا: مشارطـــة التحكيـــم

يمكـــن تعريف مشارطة التحكيم Compromis d'arbitrage[8] بأنه "اتفاق بين المتعاملين في التجارة الدولية على تسوية نزاع قد نشأ بينهم بالفعل، وذلك عن طريق التحكيم". تتميز مشارطة التحكيـــم عن شرط التحكيم في أن هذا الأخير يتم اللجوء إليه أثناء إبرام العقد وقبل نشوء النزاع ويأتي في الغالب ضمن بنود العقـــد، في حين إن

(8)- عرف القانون الفرنسي، مشارطة التحكيم في المادة 1447 من قانون الإجراءات المدنية بقولـــه :
"Le Compromis est la convention par laquelle les parties à un litige soumettent celui-ci à l'arbitrage d'une ou plusieurs personnes".

مشارطة التحكيم يتم الاتفاق عليها بعد أن يثور النزاع و تكرس في إتفاق لا حق ومستقل عن العقد الأصلـــي (9).

اختلفت القـــوانين العربية في تعريفها لمشارطة التحكيم واكتف بعضها بسرد صور إتفاق التحكيم دون تعريفها. جاء في المادة 458 مكرر واحد من قانون الإجراءات المدنية الجزائري : "تسرى إتفاقيـــة التحكيم على النزاعات المستقبلية والقائمة"، دون أي توضيح. نفس الحكم تضمنه القانون الجديد للإجراءات المدنية والإدارية في المادة 1040، في حين قـــام المشرع الجزائري بالتفرقة فيما يخص أحكـــام التحكيم الداخلي ودلك في المادة 1007 والمادة 1011 منه. أرى أن المشرع الجزائر لم يوفق في هذا الاختصار وكان عليه أن يوضح أكثر صور إتفاق التحكيم ويحدد تسميات كل صورة من هذه الصور".

لم تفرق إتفاقية نيويورك الخاصة بإعتماد وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم. نصت المادة الثانيـــة الفقرة الثانية على أن "المراد بالاتفاقية المكتوبة هو الشرط التحكيمي المدرج في العقد أو في إتفاق التحكيم الموقع من الأطراف والمتضمـــن في رسائل أو برقيات متبادلة". كما جاء القانون النموذجي للتحكيم

(9)- أحمـــد صالح علي مخلوف، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات العقود التجارة الدولية، دكتوراه كليـــة الحقوق، جامعة القاهرة، سنـــة 2003، ص 37 .

الدولي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية CNUDCI بصور إتفاق التحكيم إذ نصت المادة السابعة منه على ما يلي: ".. ويجوز أن يكـــون إتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة إتفاق منفصـــل".

ونشير أخيرا إلى ضرورة التفرقة بين وثيقة التفويض ومشارطة التحكيم بحيث أنه جرى العمل أمام هيئات التحكيم الدولية وعلـــى الأخص غرفة التجارة الدولية بباريس على أن يحرر أطراف المنازعة والمحكمون أثناء بدء إجراءات التحكيم وثيقة يطلق عليها اسم وثيقة التفويض Acte de mission يكون الهدف منها تسيير مهمة المحكم وذلك من خلال بيانات تشتمل عليها تلك الوثيقة وتحرر هذه الوثيقة مهما كانت صورة إتفاق التحكيـــم.

ثالثـــا : شـــرط التحكيـــم بالإحالـــة

يقصد بشرط التحكيم بالإحالة Clause arbitrale par référence إشارة المتعاقدين في عقد من عقود التجارة الدولية إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم واعتبارها جزءا لا يتجزأ من العقد(10). وقد نص عليه القانون النموذجي لـــ CNUDCI في الفقرة الثانية من المادة السابعة

(10)- أحمد صالح علي مخلوف، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات العقود التجارية الدولية، دكتوراه، كليـــة الحقوق، جامعة القاهرة، 2003، ص 43.

بما يلي: "... وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة إتفاق تحكيم شريطة أن يكون العقد مكتوبا وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءا من العقـــد".

يفترض شرط التحكيم بالإحالة أن أطراف العقد الأساســـي لم يعمدوا للجوء إلى التحكيم بناء على الصور التقليدية المعروفة وعلـــى هـــذا يأتي العقد خاليا من شرط التحكيم لكن يلجا المتعاقدان إلى الأخذ بالشروط العامة، Conditions Générales أو بالعقـــود النموذجية Contrats types لتنظيم أو تكملة ما ورد بالعقد مـــن أحكـــام[11] .

المطلـــب الثانـــي :

الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم مصدر استقلاليته

من خلال تعريف إتفاق التحكيم يمكن استخلاص طبيعته القانونية والتي تجعله مستقلا عن العقد بما أن له كل مقومات العقد وأكثر من ذلك أنه يمتاز بخصائص يفتقدها العقد العـــادي.

(11) -Ph, FOUCHARD, E GAILLARD, B GOLDMAN, Traite de l'arbitrage commercial international. Delta. Paris .1996. P 291.

الفــرع الأول :

الطبيعــة العقديــة لإتفــاق التحكيــم

يثور التساؤل بصدد دراسة الطبيعية العقدية لإتفاق التحكيم حول التفرقــة أولا بين مصطلحي إتفاق التحكيم أو إتفاقية التحكيم كما جاءت ترجمة إتفاقية نيويورك للغة العربية وكذلك المصطلح الــذي استعمله المشرع الجزائري واللبناني والتونسي وغيرهم رغم أن أغلب قــوانين الدول العربية تستعمل مصطلح إتفاق التحكيم، وبين عقد التحكيم كما جاء في نصوص القانون الليبي والمغربي فهل هما مصطلحان متماثلان أم أن لكل مصطلح منهم مدلوله المختلف عن الآخــر؟.

انتهــى الفقه في دراسة مسألة اصطلاحي العقد والاتفاق في مادة الإلتزامــات إلى أن لهما نفس المدلول، ويهدفان إلى أثر قانوني معين، سواء كان إنشاء الإلتزام، أو نقله، أو تعديله، أو زواله،[12] وهو مــا تشير إليه أغلب التشريعات العربية والقوانين المقارنــة.

يرى بعض الفقه[13] بأنه يصعب في مجال التحكيم التجاري الدولي، القول بعدم وجود فرق بين العقد والاتفاق، بحيث ينصرف مفهــوم عقــد التحكيم حسب رأيهم إلى معنى مختلف عن المقصود بإتفاق التحكيم، ويرى بأن عقد التحكيم هو عمل إجرائي، يقصد به إختيار

(12)- أحمــد صالح على مخلوف، المرجع الســابق، ص 52.

(13)- أنظــر : محمد سعد خليفة، عقد التحكيم ، دار النهضة العربية، القاهــرة، 1998، ص 34.

أو تعيين المحكم الذي يتولى الفصل في الخصومة وقبوله لتلك المهمـــة أي هـــو عقد لا يقوم إلا إذا حدث النزاع، وبموجبه تبدأ إجـــراءات التحكيـــم (14).

رغـــم أن أغلب الآراء الفقهية تميل إلى الطبيعة العقدية لإتفاق التحكيم نجد جانبا هاما منه يرى بأنه له طبيعة خاصة ومستقلة عن أي إتفاق قانوني آخـــر.

الفـــرع الثانـــي :
أركـــان إتفـــاق التحكيـــم

رأينـــا بأن إتفاق التحكيم مهما كانت صورته، يعد عقدا قائما بذاته مع تميزه بطبيعة ومميزات خاصة ويلزم لوجود أي عقد أركان وهي ثلاثة : الرضا والمحل والسبب. كما أنه من خصوصيات هذا الإتفاق أن له أركان خاصة لا ينعقد إلا بتوفرها في بعض القوانين العربيـــة.

أولا : الأركـــان العامة لإتفاق التحكيـــم

أ- الرضـــا : **Le consentement**، يعد الرضا ركنا أساسيـــا لقيام أي عقد، وهو اتجاه الإرادة نحو أمر قانوني معين، ويقصد بـــه

(14)- أحمـــد صالح علي مخلوف، المرجع السابق، ص 53.

توافق الإرادتين أو التراضي ويعتبر رضا العاقدين هو أهم ركن مـــن أركان العقـــد[15] .

ويتكـــون التراضي من إرادتين على الأقل بحيث يمكن للعقد أن يشمل أكثر من متعاقدين كما هو الشأن بالنسبة لإتفاق التحكيـــم وهو ما يسمى بإتفاق التحكيم المتعدد الأطراف، ويقوم إتفاق التحكيم كركن أساسي على رضا الأطراف للجوء إلى التحكيم لحل النزاعات الناشئـــة أو المستقبلية ، فإذا انتفت هذه الإرادة كان العقد باطلا.

ب– المحـــل: إن محل الإلتزام في العقد إما أن يكون إعطاء شيء أي نقل حق عيني وإما أن يكون أداء عمل وإما أن يكون امتناعا عن عمـــل[16]، وأما محل إتفاق التحكيم هو أن يخضع الأطراف للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع يتعلق برابطة من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم[17].وبما أن محل الإلتزام في العقد قد يكون أداء عمل أو الامتناع عن عمل فإن محل الإلتزام في إتفاق التحكيم هو التزام الأطراف بعرض المنازعة للتحكيم ويولد في الحقيقة التزامين

---

(15)– سليمـــان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مطبعة السلام، شبرا، ص 130 .

(16)– عبـــد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النشر للجامعات المصرية، القاهـــرة، 1952، ص 137.

(17)– وهـــو ما جاءت به الفقرة (1) من المادة (2) من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ القـــرارات التحكيمية لسنـــة 1958 .

إلتزام سلبي والتزام إيجابي ، الإلتزام السلبي هو عدم اللجوء إلى القضاء العـــادي لعدم اختصاصه والالتزام الثاني بإخضاع المنازعة لقضاء التحكيم[18]، ويشترط في محل إتفاق التحكيم كما هو الشأن في العقد أن يكون موجودا وممكنـــا.

ج- **السبب** : يقصد بالسبب الغرض الذي من أجله التزم العاقد والسبب يعتبره البعض ركنا في العقد بينها يعتبره آخرون ركنـــا في الإلتزام، ويرى الأستاذ سليمان مرقس "أنه ركن في إرادة الإلتزام"[19] كما يبين الأستاذ السنهوري أنه عنصر في الإلتزام العقدي دون غيره ، إنما يتصل أوثق الاتصال بالإرادة فهو ليس عنصر من عناصرها [20] .

فسبب إبرام إتفاق التحكيم هو اللجوء إلى التحكيم كعدالة خاصة لما فيها من مميزات وتفادي قضاء الدولة لما فيها من تعقيدات إجرائية ووقتيه ولما يحققه من سرية مطلوبة ويديره متخصصون في مجال التجارة الدوليـــة، مع فرض حسن النيـــة[21].

([18])- نـــور الدين بكلي، إتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، ماجستير، جامعة الجزائر، 1997، ص 20.

([19])- سليمـــان مرقس، المرجع السابق، ص 284 .

([20])- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 414 .

([21])- نـــور الدين بكلي، نفس المرجع، ص 22.

ثانيـــا : الأركـــان الخاصـــة

يجب أن تتوفر الأركان الخاصة لإتفاق التحكيم إلى جانب أركانه العامـــة، ونقصد بالأركان الخاصة بتلك الأركان التي نصت عليها الأحكام الخاصة للتحكيم وهـــي:

أ – **تعيين المحكمين** : أوجبت معظـــم التشريعات العربية تعيين المحكم أو محكمين في الإتفاق على التحكيم في صورة المشارطة، بينما لم تشترط هذا التعيين عندما يأخذ اتفاق التحكيم صورة شـــرط التحكيم، مثل القانون اليمني الذي أوجب في المادة 17 منه على تعيين شخص المحكـــم أو المحكمين في اتفاق التحكيم سواء كان شرطا أو مشارطة، وأعتبره أمرا جوهريا ورتب على مخالفته البطلان(22). هذا ما اقره المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية الجديد في أحكـــام التحكيم الداخلي، المادة 1008 فقرة 2 بالنسبة لشرط التحكيم والمادة 1012 فقرة 2 فيما يخص اتفاق التحكيم، و يجوز للأطراف أن يتفقوا على طريقة معينة يتم بواسطتها تشكيل هيئة التحكيم، كأن يعهـــدوا ذلك إلى هيئـــة أو مركز للتحكيم واعتبرت بعض القوانين أن تعيين المحكم أو المحكمين ركن من أركان اتفاق التحكيـــم.

(22) – تنص المـــادة 17 من قانون التحكيم اليمني على أنه يجب تعيين شخص المحكم أو المحكمين في اتفاق التحكيم أو فيما عدا التحكيم بين الزوجين أو حالات التي يتفق فيها الطرفين على خلاف ذلك إذا تعدد المحكـــوم وجب أن يكون عددهم .....و إلا كان التحكيم باطـــلا.

ب- تحديد موضوع النـــزاع : يجب أن يحدد إتفاق التحكيـــم لموضوع النزاع المراد عرضه على التحكيم. يقصد بتحديد موضوع النزاع تحديد مجموع الادعاءات المتبادلة التي يدعيها الخصوم ويجب أن تحدد بشكل واضح. إلا أن مثل هذا التحديد يمكن تصوره بالنسبة لمشارطة التحكيم على اعتبار أن النزاع قد ثار بين الأطراف ويمكن تحديده بصفة دقيقة وان مسائل محل النزاع معروفة لدى الأطراف. يتم الاكتفاء في شرط التحكيم بتحديد المحل الذي يدور حوله النزاع، ويمكن تحديده بصفة إجمالية ، كالقول بأن شرط التحكيم يتعلق بكل نزاع قد ينشأ عن تنفيذ عقد معين، على أن تحدد المسائل المتنازع عليها في وقت لا حق أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم. أما في مشارطة التحكيم فيمكن تحديد موضوع النزاع تحديدا دقيقا ويترتب على عدم تحديد موضوع النـــزاع خاصة عندما يأخذ إتفاق التحكيم شكل مشارطـــة التحكيم البطلان.

وقد اشترطت أغلب التشريعات العربية هذا الشرط الخاص، إلا أن البعض منها لم ينص على وجوب تحديد موضوع النزاع مثل القانون الجزائري واللبناني، والسعودي والسوداني، رغم أن المشرع الجزائـــري نص على هذا الشرط في أحكام التحكيم الداخلي من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المـــادة 1012.

ج–كتابة إتفاق التحكيم : يعتبر إتفاق التحكيم إتفاق شكلـــي، أي أن الكتابة ركن من أركانه، وهذا نظرا للآثار الخطيرة التي تترتب عليه ومن أهمها سلب الاختصاص من قضاء الدولة وعرضها علـــى التحكيم. يجب إذن التأكد من وجود إتفاق التحكيم الذي هو مصدر هذه الآثار الهامـــة.

جـــاءت إتفاقية نيويورك لسنة 1958 بالنص في مادتها الثانية على أن "تعترف كل دولة متعاقدة بالإتفاق المكتوب الذي يتعهد الأطراف بمقتضاه أن يخضعوا للتحكيم كافة وأية خلافات نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم ..." تعتبر إتفاقية نيويورك الكتابة كشرط شكلـــي يجب تحققه لصحة إتفاق التحكيم وليس فقط للإثبات، وبالنظر للأهميـــة البالغة لهذه الاتفاقية الدولية والتي صادقت عليها أغلب الدول العربية إن لم أقل كلها فهي قد تبنت نفس الموقف بغض النظر عن تشريعاتها الداخليـــة.

د – موقف القوانين العربية من كتابة اتفاق التحكيم : فقـــد تباينت التشريعات العربية واتجهت أغلبها إلى إحاطة إتفاق التحكيم بضمانات معينة بإخراجه من دائرة التصرفات الرضائية وضمـــه إلى دائرة التصرفات الشكليـــة(23).

(23)– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني الإتفاق التحكيم المكتب الجامعي الحديث، الإسكندريـــة، 2005، ص 156 .

بحيث تنص المادة 458 مكـــرر 1 من ق.إ.م.الجزائري على أنـــه "... يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم إتفاقية التحكيـــم، بموجب عقد كتابي ..." نفس النص تم تبنيه في قانـــون الإجـــراءات المدنية والإدارية في المادة 1040، واخذ القانون المصري ومن حذا حذوه نفس الموقف، في حين تعتبر العديد من الدول العربية وخاصـــة دول مجلس التعاون الخليجـــي CCE الكتابة كوسيلـــة للإثبات(24). كما تبين سابقا فإن إتفاقية نيويورك قد فصلت في هذه المسألة بوجوب توافر الكتابة لصحة إتفاق التحكيم، مما يجعل هـــذه الدول العربية ملزمة بنصوص إتفاقية نيويورك على أساس سمو القاعدة الاتفاقية على القاعدة الداخليـــة.

المبحـــث الثاني :

آثـــار اتفـــاق التحكيـــم

يترتب على اتفاق التحكيم أيا كانت صورته، سواء أكـــان في صورة اتفاق تحكيم مستقل أي مشارطة تحكيم أو كان ضمن بنـــود العقد و وارد في أحكام العقد الأصلي أي شرط تحكيمي، فإنه يترتب عليه أثران: أحدهما إيجابي Effet positif، والآخر سلبيEffet négatif.

(24) Sabah Ali ABDOULSALAM, convention d'arbitrage et constitution du tribunal dans les législations des états membres du conseil de coopération du golf ‹thèse de doctorat ‹Dijon 1997, P 159.

المطلب الأول :

الآثـــار الإيجابيـــة لاتفـــاق التحكيـــم

يلزم اتفاق التحكيم الأطراف بأن تحيل النزاعات المحددة في هذا الاتفاق إلى التحكيم كما أنه يشكل أساس اختصاص المحكمة التحكيمية وســـوف نتناول هاتين المسألتين تبعـــا :

الفـــرع الأول :

التـــزام الأطراف بإحالة النـــزاعات للتحكيـــم

يلتزم الأطراف بموجب اتفاق التحكيم بإحالة النزاعات موضوع اتفاق التحكيم إلى المحكم أو المحكمين ووجوب تنفيذ هذا الالتزام عينا.

أولا : مبـــدأ التزام الأطراف بإسناد النزاعات موضوع اتفـــاق التحكيم على المحكمين.

يعتبر التزام الأطراف بإحالة النزاعات المتعلقة بموضوع اتفاق التحكيـــم على المحكمين الالتزام الأساسي لهذا العقد ويأتي تأكيـــدا وتكريسا لمبدأ القوة الملزمة للعقود أو أن العقد شريعة المتعاقديـــن Pacta sunt servanda وهي من المبادئ المستقرة في القانون الدولي للعقـــود.

أكـــدت الاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم على الالتزام الذي ينشـــأ في ذمة الأطراف بإسناد النزاعات المتفق على حلها بواسطـــة التحكيم إلى المحكمين. فقد أقر بروتوكول جنيف لسنة 1923 بشأن شروط التحكيم هذا الحل ضمنا بتأكيده في المادة 1[25] منه على صحة شرط التحكيم ومشارطة التحكيم الواردة بين الأطراف، كما أكدت اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية لسنة 1958 في الفقرة 1 من المادة 2 على أن : "تعترف كل دولـــة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض النزاعات الناشئة أو التي قد تنشا بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيـــم".[26]

ثانيـــا : التنفيذ العيني للالتزام بإسناد النزاعات المحددة في اتفـــاق التحكيـــم للمحكمين.

يعتبر التنفيذ الجبري لاتفاق التحكيم من طبيعة التحكيم لأن عدم التزام أحد الأطراف بإسناد مهمة التحكيم للمحكم يعطل إجراءات

(25)- جـــاءت الصياغة بالفرنسية كما يلـــي :

"La validité, entre parties soumises à la juridiction d'Etats contractants. Du compromis ainsi que la clause compromissoire ".

(26) - Ph. FOUCHARD E. GAILLARD. B. GOLDMAN. OP. cit. P 397.

التحكيم.[27] ويرى الأستاذ[28] Gaillard بأن اتفاق التحكيم الذي لا تترتب علـــى مخالفته إلا إلزام الطرف الممتنع عن التنفيذ بالتعويض، يعتبر اتفاقا ذا نطاق محـــدود.

وقد وضعت أغلب القوانين العربية حلولا لهذه المسألة فبداية بالقانون الجزائري. في المـــادة 458 مكرر 02 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري والمقابلة للمادة 1041من القانون الجديد، التي تقر بأنه في غياب تعيين المحكم من قبل أحد الأطراف أو في حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف المعني بالتعجيل أن يلجا لـــرئيس المحكمة المختصة المحدد في إتفاقية التحكيم. أو أمام رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج أو أمـــام رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائـــر.

وبهذا وضع المشرع الجزائري حلولا للإشكال الذي من شأنه أن يثور بسبب امتناع أحد الأطراف عن تعيين المحكم، وهذا لحسن سير

---

(27) – نـــور الدين بكلي،المرجع السابق، ص 132.

(28) – أنظـــر :

GAILLARD. Arbitrage commercial international J-CL dt int 1994 n 8.
"Une convention d'arbitrage dont la violation ne pourrait donner lieu qu'a des dommages intérêts n'aurait qu'une portée très réduite".

التحكيـــم وإعطاء فعالية أكثر لاتفاق التحكيم[29]. كما اوجد المشرع المصري ومن حدى حدوهم حلولا لهذه المسالة في المادة 17، وكذا المشرع التونسي في المادة 56 من مجلة التحكيم التونســـي.

كما وضع المشرع السعودي حلولا لهذه المسألة في المادة 10 من نظام التحكيم السعودي كما هو الشأن بالنسبة لقانون التحكيـــم الإماراتي في أحكام قانون الإجراءات المدنية. في المـــادة 204.

يترتب على اتفاق التحكيم التزام يدخل ضمن التزام الأطراف بإسناد النزاعات موضوع اتفاق التحكيم على المحكمين والتنفيذ العيني لهذا الالتزام، هو منح الأولوية لهذه الالتزامات على امتيازات الحصانة القضائيـــة.

الفـــرع الثاني :

اختصـــاص المحكمة التحكيمية بالفصل في النـــزاعـــات

إن الأثر الإيجابي الثاني لاتفاق التحكيم هو منح الاختصاص للمحاكم التحكيمية لحل النزاعات التي عينها اتفاق التحكيم. كما أن العلاقـــة الموجـــودة بين الأطراف والمحكمين بدون شك هي مصدر حقـــوق والتزامات هاذين الطرفين باتفاق متميز، والناتجة عن قبول المحكمين،

(29)- نور الدين بكلي، المرجع السابق، ص 133.

لهذه المهمة. لكن هل تعتبر هذه نتيجة لاتفاق التحكيم وفي علاقات الأطراف فيما بينها فإن اتفاق التحكيم هو أساس اختصاص المحكمين.[30]

أولا– مجال اختصاص المحكمة التحكيمية : يخضع اتفاق التحكيم شأنـــه شأن أي عقد لمبدأ نسبية الآثار المترتبة على العقد من حيث الأطراف ومن حيث الموضوع. فكما لا يمكن للعقد أن يلزم غير أطرافه، فإن اتفاق التحكيم أيضا لا يمكن الاحتجاج به على مـــن لم يكـــن طرفا فيه. لا يمكن للغير أن يتمسك به في مواجهة من هم أطراف فيه وهو ما يطلق عليه مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم من حيث الأطراف.إذا كان هذا الاتفاق تصرفا قانونيا بالنسبة للأطراف فإنه يعتبر واقعة قانونية في مواجهة الغير[31] باستثناء الحالات التي يمكن أن يمتد فيها اتفاق التحكيم للغير كما بينا سابقا، رغم أن هذه الفكرة مازالت حديثة و لم تلق قبولا عاما في القضاء الدولي.

تتحـــدد آثار اتفاق التحكيم من حيث الموضوع بالمنازعات التي اتفق على حلها عن طريق التحكيم وعليه لا يمكن أن يمتد أثر هذا الاتفاق إلى غير ذلك من المسائل التي لا يشملها الاتفاق على التحكيم.

ثانيـــا– اختصاص المحكمة التحكيمية بالفصل في اختصاصهـــا :

---

(30) –E. GAILLARD. OP. cit. n 7.

(31)– حفيظة السيد الحداد.الاتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 1996. ص 134.

تعترف معظم القوانين المقارنة ومنها القوانين العربية بمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه عندما تكون مسألة اختصاصه محل نزاع قبل الفصل في النزاع. سواء أكان الدفع بعدم الاختصاص مبنيا على عـــدم وجود العقد الأصلي أو بطلانه أو عدم وجود اتفاق التحكيم ذاته أو بطلانه أو تجاوز المسألة محل النزاع لمجال اتفاق التحكيم سواء المجال الشخصي أو المجال الموضوعـــي.

نصت العديد من قوانين الدول العربية على مبدأ اختصاص المحكم في النظر في اختصاصه، مثلا المادة 458 مكرر 07 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري. وتقابلها المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنيـــة والإدارية الجديـــد.

الفـــرع الثـــالث :
حـــدود عدم اختصاص القضاء العـــادي

إن مبدأ عدم الاختصاص لا يعرف حدودا حقيقية إلا في الفرضية التي يكون فيها بطلان اتفاق التحكيم أكيدا. مما يجعل تأسيس المحكمة التحكيمية مستحيلا، ومن ثمة يجبر الأطراف إلى اللجوء إلى القضـــاء العادي ليفصل في موضوع النـــزاع. إن الأصل هو وجود قرينة على كون اتفاق التحكيم صحيحا ومنتجا لآثاره، وعلى من يدعى خلاف ذلك الأصل أن يقيم الدليل على إدعائـــه [32].

([32]) – سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، منشأة المعارف، القاهـــرة، 1984، ص 463.

فرغم أن القاعدة العامة التي تحكم النزاعات الخاصة الدولية التي تم إحالتها على التحكيم هي عدم اختصاص القضاء بالفصل في هـــذه المنازعات، إلا أنه يرد هذه القاعدة العامة بعض الاستثناءات يمكن أن نجمعها في ثلاثة أصناف وهـــي :

أولا : تشكيـــل محكمـــة التحكيـــم

جـــاءت أغلب القوانين العربية كما رأينا سابقا بنصوص قانونية تسمح للجهات القضائية الوطنية بالتدخل لمساعدة الأطراف عند الحاجة في تشكيل المحكمة التحكيمية. وهو ما نصت عليه المادة 458 مكـــرر 2 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري تقابلها المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 17 من قانون التحكيم المصري ونفس المادة من قانون التحكيم العماني وكذلك المادة 52 من مجلة التحكيم التونسي والقانون الموريتاني للتحكيم كما نصت على ذات الحل المادة 16 من القانون الأردني والتي جاءت مطابقة للمـــادة 17 مـــن القانون المصري والمادة 746 من قانون المرافعات المدنيـــة والتجارية الليبي والمادة 309 من قانون المسطرة المغـــربي.

لكن يجب التفرقة بين فرضين الفرض الأول عندما يتفق الطرفان على اللجوء إلى التحكيم لدى مركز أو مؤسسة دائمة للتحكيم، كما لـــو اتفقا أن يتم التحكيم لدى مركز غرفة التجارة الدولية بباريس

أو المركـــز الدولي لتسوية النزاعات، وفي هذا الفرض لن تثور أيـــة صعوبة في تشكيل محكمة التحكيم على اعتبار أن يتم تشكيل المحكمة وفقا لقواعد التحكيم السارية لدى المؤسسة أو المركز الـــذي اتفق الأطراف عليهـــا (33).

أمـــا الحالة الثانية عندما يختار الأطـــراف طريقة التحكيم الحـــر Ad Hoc يحتاج في هذه الحالة الأطراف تدخل الجهات القضائيـــة الوطنية لمساعدة الأطراف في تشكيل محكمة التحكيـــم.

ثانيـــا : الإجـــراءات الوقتيـــة والتحفظيـــة.

تعتبر بعض الإجراءات الوقتية أو التحفظية المرتبطة بالنزاعات التي اتفق الطرفان بشأنها على اللجوء إلى التحكيم، من اختصاص القضاء بحيث لا يمكن اتخاذها بصفة فعالة إلا من قبل الجهات القضائية للدولة وقد خولت بعض القوانين منها قانون الإجراءات الجزائري الجديـــد سلطة اتخاذ الإجراءات المؤقتة والتحفظية للمحكمة التحكيمية وذلك في المادة 1046 مثل ما أقره المشرع اليمني لكن في حالة عدم امتثال الطرف المعني ترجع المحكمة التحكيمية للقاضي المختص ويتعلق الأمر بالحجوز حتى ولو كانت تحفظية فلا يمكن الأمر بها إلا عن طـــريق الجهات القضائية الوطنية التي تملك احتكار التنفيذ الجبري. وهو ما أقرتـــه العديد من القوانين العربيـــة.

(33)- ســـراج حسين محمد أبوزيد، المرجع السابق، ص 400.

ثالثـــا : جمع وتقديم الأدلة ومراقبة الأحكـــام .

لا يتمتع المحكم بذات السلطة التي يتمتع بها القاضي ونظرا لافتقار المحكم لسلطة الأمر أو الإجبار، فإن الحاجة إلى تدخل القاضي الوطني ومساعدته تبدو ضرورية ولازمة للسير الحسن في الإجراءات والبحث في الأدلة وتنفيذ الحكم التحكيمـــي.

إن المصدر الإتفاقي لسلطة المحكم تحرمه من أي سلطة في مواجهة الغير فهـــو لا يحوز أيّة سلطة إلا في مواجهة الأطراف في اتفـــاق التحكيم(34)، فهو حتى في مواجهة هؤلاء لا يملك سلطة التنفيذ الجبري لأوامره إذا رفض أحد الأطراف الانصياع لها و في مثل هذه الحالات لا مناص من اللجوء إلى الجهات القضائيـــة.

وهـــو ما أقرته المادة 27 من القانون النموذجي ويمكن أن نذكر بعض القوانين العربية على سبيل المثال لا الحصر القانون الجزائري في مادته 458 مكرر 11 وق.ا.م.ا 1048 والقانون المصري ولو ضمنيا، في المـــادة 37 وكذلك الشأن بالنسبة للقانون العماني في نفس المادة والقانون الإماراتي في المـــادة 2/209.

من جهة أخرى يجب على القاضي الوطني أن يقوم بمراقبة الأحكام التحكيمية حتى تكون نافذة جبرا مثلها مثل الأحكام القضائيـــة

(34)- سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهـــرة، 2000، ص 400.

الصادرة من قبل الهيئات في ظل نظام قانوني وطني، يجب أن يمهر هذا الحكم بالصيغة التنفيذيـــة L'exequatur. إن الرقابـــة على الحكم التحكيمي لا تمس الموضوع وهو ما تقره أغلب القوانين خاصة بالانضمام الواسع لاتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية والتي استبعدت مثل هذه الرقابة. تبقى هذه الرقابة مختصرة في الاختصاص واحترام حقوق الدفاع والنظام العام (35).

المطلـــب الثانـــي :

الآثـــار السلبيـــة لاتفـــاق التحكيـــم

سأتنـــاول بالدراسة مبدأ عدم اختصاص القضاء الداخلي أولا ثم نظامـــه ثانيـــا.

الفـــرع الأول :

مبـــدأ عدم اختصاص القضاء العـــادي

تم تكريس مبدأ عدم اختصاص القضاء العادي للنظر في النزاعات المتفق على إحالتها للتحكيم سواء بموجب شرط تحكيمي مـــدرج في العقـــد أو صورة مشارطة تحكيم تم إبرامها بعد نشوء النزاع وإبرام العقد وتم تأكيده من قبل الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم وكذلك مـــن قبل التشريعات الداخلية. كما أخذت بذات القاعدة اتفاقيـــة

(35) - Ph. FOUCHARD . E. GAILLARD . B. GOLMAN , Op Cit , P429.

نيويورك في المادة الثانية منها. كما أخذ القانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في المادة الثامنة منـــه.

إن أغلب التشريعات العربية التي صدرت مؤخرا بشأن التحكيم قد أقرت صراحة عدم اختصاص المحاكم القضائية بنظر المنازعات التي اتفق الأطراف بإسنادها للتحكيم، مثلا القانون الجزائري في المادة 458 مكـــرر 8.

الفـــرع الثاني :

نظـــام مبدأ عدم اختصاص القضاء العـــادي

تثـــور في مسالة نظام مبدأ عدم اختصاص القضاء العادي مسألتين الأولى استحالة إثارة الجهات القضائية تلقائيا لعدم اختصاصها بسبب وجود اتفاق التحكيم و المسألة الثانية متى يمكن لهذه الجهات القضائية تقدير وجود وصحة اتفاق التحكيم وسوف ندرسها تبعـــا.

أولا : عـــدم إمكانية الإثارة التلقائية لعدم الاختصـــاص :

لا يمكـــن للقاضي المكلف بالفصل في نزاع أبرم اتفاق التحكيم بشأنه إثارة عدم اختصاصه تلقائيا(36). فإذا تنازل المدعى من الاستفادة

(36)- نـــور الدين بكلي، إتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، ماجستير، جامعة الجزائـــر، 1997، ص 135.

باتفاق التحكيم وقبل المدعى عليه اختصاص القضاء فمثل هذا الاتفاق يفرض على القاضي، يكتسب هذا الحل قبولا واسعا في الاتفاقيـــات الدولية المبرمة بشأن التحكيم، فقد تبناه بروتوكول جنيف لسنـــة 1923 في المادة 1/4، وأقرته اتفاقية نيويورك في مادتها 2 فقرة 2 وكذلك القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1985 والـــذي استمدت العديد من الدول العربية أحكامها المتعلق بالتحكيم منه في المادة 8 فقـــرة 1.

بالنسبة للتشريعات العربية فقد نصت على هذا الحل المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وكذلك المـــادة 13 فقرة 1 من القانون المصري وغيرهـــا.

ثانيا: المرحلة التي يتدخل فيها القضاء لتقدير وجود وصحة اتفاق التحكيـــم.

من آثار مبدأ اختصاص الاختصاص[37] أن أي نزاع يخص موضوع وجود و صحة اتفاق التحكيم لا يمنع المحاكم التحكيمية من متابعة مهمتها للفصل في مسألة اختصاصها وفي حالة تأكيد اختصاصهـــا تستمر الفصل في الموضـــوع، دون انتظار دعوى إلغاء محتملة أمـــام

(37) – أنظـــر موضوع اختصاص الاختصـــاص، ص 16.

القضاء العادي، الذي تنحصر مهمته في مراقبة هذا الاختصاص في حالة نزاع يخص تنفيذ وإلغاء القرار التحكيمي[38] وأغلب الدول قبلت هذا الأثر الإيجابي لمبدأ اختصاص الاختصـــاص.

ومـــن جهة أخرى فإن الأثر السلبي لمبدأ اختصاص الاختصاص يتمثل في احتفاظ المحكمين ليس باختصاص حصري للنظر في هـــذه المسائل لكن إمكانية فصلهم الأوائل فيما يتعلق باختصاصهم بطريقة تركـــز مراقبة هذا الاختصاص من قبل الجهات القضائية في مرحلـــة النـــزاعات المتعلقة بإلغاء أو تنفيذ الحكم التحكيمـــي[39].

المبحـــث الثالث :

فعاليـــة مبدأ استقلالية إتفاق التحكيـــم

يشكـــل مبدأ الإستقلالية، النظام القانوني لإتفاق التحكيم ولأهميته سوف احدد مفهوم المبدأ ومصادره ثم أتناول بالدراسة مدى تكريسه في الأنظمة الاتفاقية التحكيمية والتشريعات الداخليـــة.

(38)- نـــور الدين بكلي ، نفس المرجع، ص 136.

(39) - Ph. FOUCHARD . E. GAILLARD . B. GOLDMAN Op Cit, P 421.

المطلـــب الأول :

مفهـــوم المبدأ وتكريسه في الأنظمة القانونيـــة

الفـــرع الأول : تعريفـــــه

يقصد باستقلالية إتفاق التحكيم عدم تأثره بالعقد الأصلي لا من حيث الصحة والتمسك ببطلانه، ولا من حيث القانون الواجب التطبيق عليه وإمكانية تفادي اللجوء إلى قواعد الإسناد(40)، أن هذا المبدأ قبل أن يكون قاعدة قانونية معتمدة في القوانين الداخلية، كان قاعدة من القواعد الموضوعية الدولية. إن النظام القانوني لاتفاق التحكيم يسيطر عليـــه ويحكمه مبدأ استقلالية هذا الاتفاق، الذي كان نتيجة لتطور الاجتهاد القضائي(41) مما جعل تقرير صحته كقاعدة مادية بمجـــرد وجـــوده في العقد نتيجة حتمية ومنطقية لما ترتب لهذا المبدأ من آثار تجعلـــه غير قابل للإبطال وهو ما يؤكد فعالية هذا الاتفاق والمبـــدأ الذي يحكمـــه.

الفـــرع الثاني : مصـــــادره

يعود الفضل إلى الإجتهاد القضائي في بروز مبدأ استقلالية إتفاق التحكيم وتطور نظامه القانوني. يمكن القول بأن القضاء الهولندي هو

(40)- زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعـــة الجزائـــر، 1991 ص 353.

(41) - E. Gaillard Op cit P3.

أول من قرر صراحة انفصال إتفاق التحكيم الدولي عن العقد الأصلي فصدر بتاريخ 27 ديسمبر 1935 حكم عن المحكمة الهولندية يقضي بأنه في حالة تنازع الأطراف حول صحة أو بطلان العقد، فإن ذلك لا يمنع من اختصاص المحكم بالفصل في النـــزاع رغم احتمال عدم صحة العقد الذي ورد به شرط التحكيـــم(42) .

كما أصدر القضاء الألماني في 14 ماي 1952 حكما يقضي بأن مصير شرط التحكيم ينفصل تماما عن مصير العقد الذي يتضمنه، وهـــو ما قرره القضاء الايطالي في الحكم الصادر عن محكمة النقض الايطالية بتاريخ 12 يناير 1959.(43)من أهم الأحكام الصادرة في هذا الشأن أمام القضاء الفرنسي، الحكم الصادر بتاريخ 07 مـــاي 1963 في قضية Gosset(44) الذي أقر بأنه في مجال التحكيم التجاري الدولي فإن إتفاق التحكيم يتمتع باستقلال قانوني كامل، يستبعد معـــه أن يتأثر باحتمال عدم صحة أو بطلان هذا التصرف(45). أكـــد القضاء

(42)- أحمد صالح مخلوف، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية نزاعات العقود التجارية الدولية، دكتوراه، كلية الحقـــوق، جامعة القاهـــرة، 2003.ص 118.

(43)- أحمـــد صالح مخلوف، المرجع السابق، ص 119 .

(44)- الحكم منشور في دالوز، 1963 ص، 545 تعليق جون زوبير J.Robert و في الأسبوع القانوني JCP 1963 13405 تعليـــق B.GOLDMAN في المجلـــس النقديـــة REDIP، 1963، ص 615، تعليـــق MOTULSKY و في مجلة التحكيم REV AR، ص 615، تعليق و في مجلة التحكـــيم Rev Ar، 1963، ص 60.

(45)- جـــاء في النص الأصلي بالفرنسية كما يلـــي :

الفرنسي في مسألة مدى تأثر اتفاق التحكيم بالعقد الذي يحتويه في قرار صادر في 18 ماي 1971 على استقلالية اتفاق التحكيم دون أي قيـــد، في قضيـــة Impex.

كمـــا جاء قرار Hecht في نفس السياق فصلا في مـــدى تأثر اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي أقرت محكمة النقض بتمتع شـــرط التحكيم باستقلالية كاملـــة(46) ، وبتاريخ 4 جويلية 1972 وبعبارات تكاد تتطابق مع عباراتها في حكم "جوسي" تأييدها لمحكمة استئنـــاف باريس فيما ذهبت إليه من أن لشرط التحكيم استقلالا قانونيا كاملا عن العقد الذي أدرج فيـــه.

نفس الإشكال أثير في قضيةMunicucci وقضت محكمة استئناف باريس سنة 1975(47) بأن هذا الشرط يكون صحيحا ومستقلا دون أي رجوع لقانون أية دولة، بعد أن ذكرت بأن هذا الاتفاق في مجال التحكيم الدولي يشكل استقلالية تامـــة(48).

"En matière d'arbitrage international l'accord compromissoire qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique présente toujours sauf circonstances exceptionnelles , une complète autonomie juridique , excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle nullité de cet acte .

(46)- C. Cass, 4 Juillet 1972, Clunet 1972, P 842 Note OPPETIT . Rev crit 1974, P 82 Note LEVEL .

(47) - Clunet 1977 P.107, note LOQUIN, Rev crit 1976, P.506, note OPPETIT.

(48) – جـــاء النص بالفرنسية كما يلـــي :

«En matière d'arbitrage international. L'accord compromissoire présente une complète autonomie».

واستمرت محكمة النقض الفرنسية في تكريس هذا المبدأ في حكمها الصادر في 20 ديسمبر 1993 في قضية Dalico المعروفة والذي جاء فيه بأنه وفقا لقاعدة من القواعد المادية في القانون الدولي للتحكيم، فإن شرط التحكيم يعد مستقلا من الناحية القانونية عن العقد الأصلي الذي يتضمنه ، وذهب إلى تقرير استقلاليته عن أي قانون وطني [49].

إن تطـــور مبدأ الاستقلالية في التطبيق الفرنسي تأكد في قضيـــة Zanzi في قرار[50] محكمة النقض الصادر في 5 جانفي 1999 والـــذي كرس استقلالية هذا الاتفاق عن العقد الأصلي وأكثر من ذلك صحة هذا الاتفاق دون أي تحفظ متعلق بالتجاريـــة.

الفـــرع الثالث : تكريســـه في الأنظمة القانونيـــة

لم تنص اتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية على أي حكم يتعلق باستقلالية اتفاق التحكيم، لكن تنص المادة 5 فقرة 1 بأن الاعتراف وتنفيذ القرار يمكن أن يرفض إذا أثبت الطرف المتمسك بالبطلان أن اتفاق التحكيم غير صحيح وفقـــا للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم وبهذا تكون اتفاقية نيويورك قد أقرت بمبدأ الاستقلالية ضمنيا أي أن هذه المعاهدة تكون قد قبلت

(49) - C. Cass, 20 Décembre 1993, Clunet 1994- P 432. Note E GAILLARD . Rev.Crit 1994 , P 663 Note P . MAYOR.

(50) - C. Cass 5 Janvier 1999. Rev, Arb, 1999, P 260.

بصفة ضمنية أن يكون لاتفاق التحكيم نظام قانوني مستقل عن العقد الأصلي ويعتبر هذا من آثار اتفاق التحكيـــم.

نفس المـــوقف تبنته اتفاقية جنيف لسنة 1961 رغم أنها أشارت صراحة في أحكامها على اختصاص المحكم بالنظر في اختصاصـــه (اختصاص الاختصـــاص) والذي يعتبر من آثار مبدأ استقلالية اتفاق التحكيـــم، إلا أنها لم تتخذ موقفا صريحا بشأن مدى إعمالها لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيـــم.

كرس نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية مبدأ استقلالية اتفاق التحكيـــم، وينص في المادة 8 فقرة 4 على أن الادعاء ببطلان العقد أو انعدامه لا يؤدي إلى عدم اختصاص المحكم إذا تمسك بصحة اتفاق التحكيـــم.

نصت المـــادة 458 مكرر 01 فقرة 04 قانون الإجراءات المدنية الجزائري على ما يلـــي : "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقيـــة التحكيم بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح "هذه الفقرة تؤكد صراحة تأكيد القانون الجزائري لمبدأ الاستقلالية بالإشارة لأهم أثر من آثاره مقتضاه لا يمكن أن ندعي ببطلان اتفاق التحكيم أو عدم صحته بحجة أن العقد الأساسي غير صحيح.[51] نفس الحكم تم

---

[51]- نـــور الدين بكلي، المـــرجع السابق، ص 93.

تكريسه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديدة في المادة 1040 منه. كما أقرت العديد من القوانين العربية هذا المبدأ مثل القانون المصري (المادة 23)، القانون التونسي (المادة 61)، القانـــون اليمني (المـــادة 16).

المطلـــب الثاني : فعاليـــة آثار اتفاق التحكيـــم

يترتب عـــن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عدة آثار ســـواء مباشرة أو غير مباشرة تمنح لاتفاق التحكيم حصانة في مواجهة ما قد يصيب العقد من بطلان، وذاتيـــة فيما يخص القانون الواجب التطبيق عليه كما تمنحه الاستقلالية في مواجهة أي قانون وطني وتفادي قواعد التنـــازع.

الفـــرع الأول : الآثار المباشرة لاستقلالية اتفاق التحكيـــم

ينجم عن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأساسي أو الأصلي أثرين هامين: الأثر الأول، هو أن صحة اتفاق التحكيم ونفاذه لا تتوقف أو تتأثر بمصير العقد الأصلي. والأثر الثاني، استقلالية اتفاق التحكيم بقانون يخضع له غير ذلك القانون الذي يخضع له العقـــد.

أولا : عـــدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقـــد.

إن أهم أثر يرتبه مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي مما يجعله أكثر فعالية في حل النزاع عن طريق التحكيم هو عدم ارتباط

مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي، ويعني ذلك أن وجـــود وصحة وسريان اتفاق التحكيم لا يتوقف أو يتأثر بمصير العقد الأصلي. ويشترط لكي يترتب على استقلال اتفاق التحكيم هذا الأثر أن يكون هذا الإتفاق في حد ذاته صحيحا، فلو أن العيب الذي يمس العقد من شأنـــه أن يمس أيضا اتفاق التحكيم (كعيب الرضاء مثلا) فإنه يبطل الاتفاقين معا ولا يكون لمبدأ الاستقلالية في هذه الحالة أي أثـــر.

وقـــد أقرت الدول العربية هذا الأثر المهم في قوانينها الداخلية. وهـــي نفس الأحكام التي أشرت إليها عنـــد الحديث عن مبـــدأ الاستقلالية، فالمشرع الجزائري كرس هذا الأثر في المادة 458 مكرر 01 فقرة 04 والمادة 1040 فقرة 4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانيـــا : خضوع اتفاق التحكيم لقانون يختلف عن القانون المنظـــم للعقد الأصلـــي.

إن إعمـــال مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يترتب عليه إمكانية إخضاع اتفاق التحكيم لنظام قانوني يختلف في طبيعته وفي مصادره عن ذلك الذي يحكم العقد،[52] سواء تم إخضاع اتفاق التحكيم إلى قانون محدد بتطبيق قواعد الإسناد التقليدية أو تم إخضاع اتفاق التحكيم كما هو الحال في الاتجاه الحديث للقضاء تطبيق قواعد ماديـــة.

---

[52] - Ph. FOUCHARD. et E G. B. GOLDMAN. Traité OP Cit. P 227.

فلا يشترط أن يخضع اتفاق التحكيم لنفس القواعد القانونية التي تحكم العقد فيجوز للأطراف اختيار قانون معين يحكم العقد وآخر يحكم اتفاق التحكيم، كما يجوز أن يخضع اتفاق التحكم لقاعـــدة إسناد خاصة به تتولى تحديد القانون واجب التطبيق [53] أو أن يخضع لقاعدة مادية كما بينت سابقـــا.

كرست بعض القوانين العربية هذه النتيجة الثانية لمبدأ الاستقلالية فمثلا اقر القانون الجزائري هذه النتيجة في المادة 458 مكرر 1 فقرة 3 بقولـــه : "إن اتفاقية التحكيم... تعتبر صحيحة من حيث الموضـــوع إذا استجابت للقانون الذي اتفقت الأطراف على اختياره، وإما القانون المنظم لموضوع النزاع لاسيما القانون المطبق على العقد الأساسي وإما القانون الجزائري.. "وتقابلها المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإداريـــة لكنه حذف القانون المطبق على العقد كما حذف القانون الجزائري وترك من جهة أخرى الحرية المطلقة للمحكمين، تبين هذه المادة التي تمثل الاتجاه الجديد للقانون الدولي الخاص السويسري مدى الحرية التي منحها المشرع للأطراف في اختيار القانون الذي حكـــم اتفاق التحكيـــم[54] في حين أن أغلب قوانين الدول العربية اكتفت بإقرار استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلـــي.

---

[53]- سراج حسين، المـــرجع السابق، ص 228.

[54] - نور الدين بكلي. المرجع السابق، ص 96.

الفـــرع الثاني : الآثـــار غير المباشرة لمبدأ الاستقلاليـــة.

يترتب على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بطريق غير مباشر أثرين لا يقلان أهمية عن الأولين وهما استقلال المحكم باختصاصه بالفصل في مسألة الاختصاص، وإمكانية خضوع اتفاق التحكيم للقواعد الماديـــة وإحلالها بدلا من إعمال منهج التنازع، أي إستقلاليته عن أي قانون وطني وإقرار مبدأ صحة اتفاق التحكيـــم.

أولا : اختصـــاص المحكم بالفصل في اختصاصـــه

يعتبر المبدأ الذي يمنح للمحكمة سلطة الفصل في مدى اختصاصه قاعدة من القواعد الأساسية في قانون التحكيم[55] ويرى بعض الفقـــه ومنهم E. GAILLARD[56] الذي يذهب إلى القول بأن هذا المبدأ على أنه بمثابة المبدأ الملازم لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم،لان منح اتفاق التحكيم استقلالية في مواجهة العقد والقانون الواجب التطبيق عليه تبقى غير كافية إذا منحنا للجهات القضائية صلاحية الفصل في اختصاص الهيئة التحكيمية فتبقى هذه الاستقلالية بدون فائـــدة.

---

(55) - PH. FOUCHARD. Et … traité…OP. cit P229

(56) - E. GAILLARD. "Arbitrage commercial international convention d'arbitrage, autonomie et principe de validité, droit applicable" J.CL. Dr. Inter, Fasc 586.1, 1994 n° 28.

كرست أغلب القوانين العربية خاصة الحديثة منها مبدأ اختصاص المحكم بالنظر في اختصاصه و جاءت أغلب القوانين بصياغة متطابقة. فمثلا كرس القانون الجزائري،(57) هذا المبدأ في المادة 458 مكرر 07 بقولها: تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص، قبل أي دفاع يتعلق بالموضوع. وتتطابق مع حكم المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد(58).

وهـــو ما أقرته مثلا المادة 22 من قانون التحكيم المصري، والمادة 61 من قانون التحكيم التونسي والمادة 21 من القانون الأردني والمادة 28 من القانون اليمني وغيرهـــا.

ثانيـــا : استقلالية اتفاق التحكيم عن أي قانون وطني وإقـــرار مبـــدأ صحة اتفاق التحكيـــم.

جاء مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ليعزل اتفاق التحكيم مما يمكن أن يصيب العقد الأصلي من عيوب واتخذ تدريجيا اتجاها جديدا جاء ليكمل هذه الغاية مما ترتبت عنه نتيجة جديدة جاءت في نفس المسعى وهي إفلات هذا الاتفاق من القوانين الوطنية ومنهج التنازع مما يجعل هـــذا الاتفاق صحيحا بمجرد وجوده في العقد الدولي بموجب إرادة الأطـــراف.

(57)- مرســـوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 25 أفريل 1993.

(58) قانـــون صادر في 23 أفريل 2008 ،الجريدة الرسمية العـــدد : 21 لسنـــة 2008.

أقرت اتفاقية نيويورك مبدأ صحة اتفاقية التحكيم والتي جاءت كبديل لبروتوكول جنيف لسنة 1923، وذلك في المادة 2 منه، لم أجد أحكام تقر لمبدأ صحة اتفاق التحكيم في التشريعات العربية بالمقابل كرس المشرع الجزائري مبدأ صحة اتفاق التحكيم في المادة 458 مكرر 1 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على ما يلي :

"...تعتبر صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفقت الأطراف على اختياره، وإما القانون المنظم لموضوع النزاع، لا سيما القانون المطبق على العقد الأساســـي وإما القانون الجزائري.. ". وتقابلها المادة 1040من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مع بعض التحوير كما أشرت آنفـــا.

الفصـــل الثاني :

أهميـــة اتفاق التحكيم في العقود الدوليـــة

كما بينت سابقا أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم أصبح يشكل النظام القانوني لاتفاق التحكيم بقواعده الخمسة التي ترتبت على هذا المبدأ، كما أن هذه القواعد التي أصبحت كمبادئ في القانون العابر للدول تشكل النظام القانوني لاتفاق التحكيم من جهة ومصدر فعالية نظام التحكيم من جهة أخرى إن لم أقل بأنها تشكل جزءا أساسيا لنظام

التحكيم. بداية من اتفاق التحكيم ونهاية بالحكم التحكيمي وسوف نحاول دراسة مدى تأثير اتفاق التحكيم في كل المسائل المتعلقة بنظامه.

المبحـــث الأول : أهميتـــه في استبعاد حصانة الدولـــة

يعتبر دفع الدولة بحصانتها القضائية أهم عقبات فعالية اتفـــاق التحكيم ولقد ثار جدل كبير في الفقه والقضاء وقضاء التحكيم حول هذه المسألة. كانت الدول العربية الأكثر تضررا في هذا الإطار فرغم أنهـــا دفعت بعدم أهلية الدولة والأشخاص الاعتبارية العمومية من اللجوء، إلى التحكيم مع ذلك جاءت أحكام المحكمين لتأكد هذه الأهليـــة وكذلك الأحكام القضائية الصادرة بشأنها رغم دفع هـــذه الدول بحصانتها القضائية التي تقتضي عدم خضوعها لقضاء الدول الأخـــرى، ولا أن تجبر على تنفيذ حكم صادر من دولة أجنبيـــة لما لديهـــا من سيادة واستقـــلال.

المطلـــب الأول : رأي الفقـــــه

يتجـــه أغلب الفقه إلى القول بأن وجود اتفاق التحكيم في العقد يؤدي إلى استبعاد حصانة الدولة القضائية. وإبرام هذا الاتفاق في أي عقـــد من عقود الدولة يجب أن يؤدي إلى تسوية النزاع عن طريق التحكيم، بصرف النظر عن طبيعة العقد الذي ورد فيه. وأن وجود مثل هذا الاتفاق هو بمثابة تنازل الدولة عن حصانتها القضائية دون

قيـــد أو شرط، فيقر الأستاذ Gaillard بأن وجود هذا الاتفاق يفهم منه بالضرورة تنازل الدولة عن حصانتها القضائية[59]، ويرى الأستـــاذ Goldman فيما يتعلق بمسألة الحصانة القضائية للدولة وإبرامها لاتفاق التحكيم إلى أنه ممالا شك فيه أن قبول الدولة لشرط لتحكيم يستتبع علنـــا و بالضرورة التنازل عن الحصانة القضائيـــة[60].

وهـــو ما يؤكده كذلك الأستاذ Jacquet بقوله بأن توقيع الدولة على شرط التحكيم أو المشارطة يشكل دلالة ملموسة على تنازلها عن الحصانة القضائيـــة.[61]

جاءت هذه الآراء لتؤكد أن اتفاق التحكيم المبرم من قبل الأطراف في العقد يكفي وحده لاستبعاد ما يمكن أن يثيره أحد الأطراف مـــن دفوع لاستبعاد تطبيق هذا الاتفاق واللجوء إلى التحكيم ومنها الدفع بالحصانة القضائية للدولـــة.

---

(59) جـــاءت الصياغة الفرنسية كما يلـــي :

La Convention d'arbitrage s'analyse nécessairement comme une renonciation par l'Etat à son immunité de juridiction

(60) - B. GOLDMAN, note source Paris 12 Juillet 1984. JDP .1985- P 145.

وجـــاءت الصياغة بالفرنسية كما يلـــي :

Il n'est pas douteux que l'acceptation par l'Etat d'une clause compromissoire implique manifestement et nécessairement renonciation à l'immunité de juridiction .

(61)- أحمـــد صالح، المرجع السابق ص 310.

المطلـــب الثاني : موقف الاجتهاد التحكيمي والقضائـــي.

اتجهت أغلب الأحكام التحكيمية المتعلقة بالفصل في مسألة الحصانة القضائيـــة للدولة في مواجهة اتفاق التحكيم، إلى صحة هذا الاتفاق وفعاليته في مواجهة هذا المبدأ فبالعكس فإن الدفع بالحصانة القضائية للدولة يبقى بدون فعالية في مواجهة اتفاق التحكيم الذي أبرمه أطراف العقد. وهذا ما أقرته العديد من الأحكام التحكيمية بأن "إبرام الدولة لاتفاق التحكيم يستلزم أن تتنازل الدولة عن حصانتها القضائية" مثلا الحكم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بسويسرا في الدعوى رقم 3879 لسنـــة 1984[62]، وكذلك حكم أخر صدر عن غرفة التجارة الدولية بباريس في القضية رقم 8035 لسنة 1995[63] ، أكد الاجتهاد القضائي هذا الرأي بأن مجرد وجود اتفاق التحكيم في العقد يعتبر تنازلا للدولة عن حصانتها القضائية ولا يمكن لها بعد ذلك بدعوى هـــذه الحصانة أن تمتنع عن تنفيذ التزاماتها التعاقدية، مثلا ما أقرته محكمة باريس في الأمر الذي أصدرته في 08 جويلية 1970[64] وهو ما ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 18 نوفمبر 1986[65].

(62) - Sentence CCI, n 3879, 1984, JDI , 1985 . P 232 .

(63) – أحمـــد صالح مخلوف، نفس المرجع، ص 311.

(64) جـــاءت صياغة أغلب الأحكام كما يلـــي :

المبحـــث الثاني :

فعاليـــة استقلالية اتفاق التحكيم في إقرار عدم قابليـــة هـــذا الاتفـــاق للإبطـــال.

يعتبر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم كما بينا في دراستنا هـــذه صمام أمان لاتفاق التحكيم كما يشكل اتفاق التحكيم بشكليه سواء جاء على شكل شرط تحكيمي أو مشارطة تحكيم بمثابة نقطة الارتكاز لنظام التحكيم كطريقة لحل النـــزاع، وعليه يشكل مبدأ استقلاليـــة اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي النظام القانوني لاتفاق التحكيم لما يرتبه من آثار تشكل الركائز الأساسية لهذا الاتفاق لتجعله فعالا وغير قابل للبطلان، ليضع من جهته اتفاق التحكيم نظاما مصـــدره إرادة الأطراف ومنه يستمد المحكم أو المحكوم سلطتهم والقانون الذي يسري على الإجراءات والقانون الذي يسري على الموضـــوع.

المطلـــب الأول : مـــن مبدأ الاستقلالية إلى مبدأ الصحـــة.

سأحـــاول أن أضع خلاصة لمنطق التطور للقواعد القانونية التي تسري على اتفاق التحكيم بفضل الاجتهاد القضائي الفرنســـي الذي

"L'acceptation par l'Etat du recours à l'arbitrage en dépit de son immunité serait vidée de tout sens si l'Etat pouvait, par la seule invocation de cette immunité faire obstacle à l'exequatur de la sentence" .

(65)- غســـان علي ، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددهـــا. المرجع الســـابق، 2004، ص 295.

ساير ما بدأ به القضاء الهولندي والألماني والإيطالي على النحو الـــذي ذكرناه سابقـــا.

أعتقد بأن منطق الأمور هي التي جعلت اتفاق التحكيم صحيحـــا بمجـــرد وجوده في عقد دولي إذ ما معنى أن نمنح لاتفاق تحكيمـــي ألاستقلالية دون ان نقر بأن بطلان العقد الأصلي لا يؤدي إلى بطلان هذا الاتفاق. ثم نرى بعد ذلك بأن هذا الاتفاق خاصة إذا كان بنـــد من بنود العقد سيتأثر ببطلانه أو على الأقل تسري عليه نفس القواعد القانونية التي تسري على العقد الأصلي باعتبار أن مؤشرات وقواعد الإسناد واحدة خاصة إذا آثرنا التكييف العقدي لاتفاق التحكيـــم ولهذا وجب تدعيم هذه الاستقلالية بإمكانية أن يسري على اتفاق التحكيم قانون متميز عن القانون الذي يسري على العقد الأصلي وبهذا الحل نتفادى أن يتأثر اتفاق التحكيم بنفس أسباب بطلان العقد الأصلـــي، لكن تبقى فعالية اتفاق التحكيم ناقصة لماذا؟. لأن فحص مسألـــة الاختصاص لها أهمية بالغة في تقرير صحة اتفاق التحكيم، ولكي يمنح الاجتهاد القضائي فعالية أكثر لاتفاق التحكيم ولنظـــام التحكيـــم في حل النزاعات أقر مبدأ اختصاص الاختصاص ومعناه أن يختص المحكم وحده بالفصل في مسألة اختصاصه فبطبيعة الحال المحكم سيفصل بموجب القوانين والحلول التي تكون إيجابية في إقرار اختصاصه

ولا يتأثر كما هو الشأن بالنسبة للقاضي، بقانونه وبقواعد التنازع والإسناد، خاصة وأن العديد من الدول كانت تمنع الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة من اللجوء إلى التحكيـــم.

لكـــن المحكم كالقاضي ملزم بتطبيق القانون وعند محاولته لإقرار صحـــة اتفاق التحكيم واختصاصه سوف يحاول البحث عن القانون الذي له علاقة بالعقد أو بموضوع النزاع، وفي هذه الحالة هو ملـــزم بتطبيق قواعد التنازع للدولة سواء مقر التحكيم أو مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه وقد يصطدم اختصاصه ببطلان اتفاق التحكيم بموجب هذه القوانين الوطنية وعليه البحث عن الوسيلة ألقانونية التي تمكنه من استبعاد هذه القوانين وعليه قرر الاجتهاد القضائي وضع قاعدة أخرى كأثر من آثار مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم وهي استقلالية هذا الاتفاق عـــن أي قانون وطني، إن إعمال هذه القاعدة في الممارسة يؤدي إلى نتيجة واحدة وهي إقرار صحة اتفاق التحكيم وبه منح الفعالية المطلقة لاتفاق التحكيـــم.

إن دراسة مبدأ الاستقلالية باعتباره مصدر فعالية اتفاق التحكيم يجرنا إلى دراسة مجال إعمال المبدأ ومتى ينتفي تطبيقه على اتفـــاق التحكيـــم؟ ينتفي العمل بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم إذا ورد هذا الاتفاق باطلا أي كان البطلان نابعا من ذاته ليس مكتسبا فهنـــا لا

يكـــون مجال لتطبيق مبدأ الاستقلالية، ذلك أن إعمال المبدأ المذكور ليس من أجل جعل اتفاق التحكيم الباطل اتفاقا صحيحا وإنما من أجل حماية اتفاق التحكيم الصحيح من أن يكون اتفاقا باطـــلا[66].

المطلب الثاني : عـــدم قابلية اتفاق التحكيم للبطلان.

يرى بعض الفقهاء أن اتفاق التحكيم أصبح فعالا لدرجة أنه أصبح غير قابل للبطلان[67].وأصبحت صحة شرط التحكيم تتدعم كلمـــا استقـــل شرط التحكيم عن العقد الأصلي وهذا ما نستخلصه مـــن الاجتهاد القضائي بداية بقرار Gosset [68] سنة 1963 الذي أقر صراحة بـــأن شرط التحكيم يمثل دائما استقلالية قانونية كاملة في مواجهة العقد الذي يحتويه وفي قضية HECHT[69] لسنة 1972، تأكيدا على استقلالية شرط التحكيم عن القانون الواجب التطبيق على العقـــد الذي يحتويه. وذهبت بعد ذلك محكمة النقض الفرنسية إلى أبعد من ذلك في قرار[70] Dalico لسنة 1993 بتأكيدها استقلالية اتفاق التحكيم

(66) – أحمـــد صالح علي مخلوف، المرجع السابق، ص 124.

(67) - Th CLAY, L'efficacité de l'arbitrage. Petites Affiches - 2003- N° 197, P 5.

(68) - Cass. Civ 1er , 7 Mai 1963 , Bull Civ I, N° 246 - D 1963- 545. note J ROBERT.

(69) - Cass. Civ 1er , 4 Juillet 1972 , Bull Civ I, N° 175.

(70) - Cass. Civ 1er , 20 Décembre 1993, Bull Civ I, N° 372.

عن أي قانون وطني، ووصل التطور إلى أخر منطقه في قرار Zanzi[71] لسنـــة 1999 والتي وضعت حرفيا مبدأ صحة اتفاق التحكيم في المجال الدولي بدون شروط التجارية، وبهذا أصبح عقد التحكيم لأن هـــذا الشرط ما هو إلا عقدا مبرما ضمن العقد الأصلي. عقدا صحيحا في كـــل الأحوال في المجال الدولي والقيد الوحيد وهو وجود تراضي بين الطرفين وحتى هذا الشرط يتم فحصه بحرية كاملة من قبل المحكمين.

المبحث الثالث : فعاليـــة اتفاق التحكيم كمصدر لفعاليـــة المحكمـــة التحكيميـــة

رأينا كيف أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يشكل النظام القانوني لاتفاق التحكيم لما ينتج عنه من قواعد تنظم هذا الاتفاق. كما أكدنا علـــى أن اتفاق التحكيم بدوره يشكل النظام القانوني للتحكيـــم، باعتبار أن اللجوء لهذه الطريقة في حل النزاعات يتم بموجب هـــذا الاتفاق وأن هذا الاتفاق يحدد موضوعات النزاع والهيئة التحكيمية والقانون واجب التطبيق على الإجراءات وعلى موضوع النزاع وربمـــا كيفية تشكيل الهيئة التحكيمية أو تحديد الجهة التي تقوم بهذه المهمة وتحديـــد مهمة المحكمين، إلى جانب أنه بموجب آثار استقلالية اتفاق التحكيم يختص المحكم بالنظر في مدى اختصاصـــه.

(71) - Cass . Civ 1er , 05 Janvier 1999 , Bull Civ I, N°2.

المطلـــب الأول : فعاليـــة اتفاق التحكيم في تعيين المحكمـــة التحكيميـــة واختصاصهـــا

تظهر فعالية اتفاق التحكيم في تعيين المحكمة التحكيمية جليا من خلال التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية وأصبح من الآثار المهمة لاتفـــاق التحكيم وهو الأثر الإيجابي الذي يتمثل في التزام الأطراف بموجب اتفاق التحكيم إسناد النزاعات المتفق عليها بموجب هذا الاتفاق إلى التحكيم، إذا تعيين المحكمة التحكيمية ما هو إلا تنفيذا لالتـــزام تعاقدي وتنفيذا لاتفاق التحكيم. ويعتبر تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة لهذا الاتفـــاق إذ أنه من المعروف أن مبدأ القوة الملزمة للعقود وتكـــريس قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين Pacta Sunt Servanda هي مـــن المبادئ المستقر عليها في القانون الدولي للعقـــود[72].

إن فعالية اتفاق التحكيم تظهر في التنفيذ الجبري لاتفاق التحكيم فيما يخص تعيين الهيئة التحكيمية، وهذا بإعمال آليات قانونية مـــن شأنهـــا أن ترد الطرف الذي بعد أن أبرم اتفاق التحكيم يمتنع عن المشاركة في إجرائه بل يماطل في اتخاذ الإجراءات، ففي هذه الحالـــة يشرع نظام التحكيم في اتخـــاذ التدابير رغم امتناع هذا المتعاقد عن

(72) - E. GAILLARD. Convention d'arbitrage effet, droit commun et droit conventionnel, J.CL. dt Int, Fasc 586-5 , 1994.

المشاركة في إجراءاته، سواء بامتناعه عن تعيين المحكم أو عدم مشاركته في تعيين رئيس هيئة التحكيم(73)، ولقد تناولنا سابقا طرق التنفيـــذ الجبري لاتفاق التحكيم لا داعي لإعادتهـــا.

المطلب الثاني : اتفـــاق التحكيم مصدر استقلالية المحكـــم .

إن المحكم يستمد سلطته واختصاصه من اتفاق التحكيم فهو يقوم بعمله على أساس وجود هذا الاتفاق، كما أنه ملزم بما اتفق الأطراف عليه، سواء في تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات أو على الموضوع، وفي غياب مثل هذا الاتفاق، تمنح أغلب القوانين الحديثة ومنها القوانين العربية للمحكم الحرية في اختيار القانون الـــواجب التطبيق علـــى الإجراءات وكذلك على موضوع النزاع دون أن يلجأ إلى قانون مقر التحكيم، فيختلف وضع المحكم عن وضع القاضـــي والذي له قانون ملزم به وهو قانون القاضي بينما المحكم مقيد فقط بما اتفق الأطراف عليه وسكوت الأطراف يعني منح المحكم الحريـــة في اختيار القانون الواجب التطبيق.

القـــوانين العربية كرست هذه الحرية الممنوحة للمحكم القانـــون الجزائـــري واللبناني على شاكلة القانون الفرنسي يعترف للمحكـــم باستقلالية تامة عن النظام القانوني لمقر إجراء التحكيـــم.

(73)- حفيظـــة السيد الحداد، المرجع الســـابق، ص 116 و117.

المبحـــث الـــرابع :

فعاليـــة اتفاق التحكيم في إقرار صحـــة الحكـــم التحكيمـــي ونفـــاذه.

تظهر فعالية الحكم التحكيمي من خلال الأحكام العديدة التي تم تنفيذها حيث أن قاضي التنفيذ لا يعارض الاعتراف بهذا الحكـــم أو تنفيذه إلا بصفة استثنائية جدا فمن خلال دراسة إحصائية قديمة تبين أنه خلال عشر سنوات أمام الجهات القضائية الباريسية. باعتبارهـــا مقر غرفة التجارة الدولية فإن من بين 2000 حكم تحكيمـــي طلب التنفيذ بشأنهم فقط أربعة منهم لم يتم تنفيذهم ويظهر بأن هذا العدد يتناقص منذ ذلك التاريخ وهو ما يثبت الفعالية المطلقة لهذا الحكـــم.

المطلب الأول : اتفاق التحكيم أساس الاعتراف وتنفيذ الحكم.

أصبح قاضي التنفيذ في مجال التحكيم التجاري الدولي كما يقول الأستاذ Philippe FOUCHARD كموزع آلي للصيغ التنفيذيـــة. من بين أسباب بطلان أو عدم الاعتراف بالحكم التحكيمي حسب الاجتهاد القضائي هو تناقض الأسبـــاب.(74)

(74) - Th.Clay,ob cite, p 7.

كما أن اتفاق التحكيم يعتبر الحجر الأساس لفعالية وصحة الحكم التحكيمي، بحيث أن المادة 5 من اتفاقية نيويورك تنص بأنه "لا يجـــوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل علـــى :

أ- أن أطـــراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية وأن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقـــا للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكـــم".

كمـــا نصت الفقرة ج على "أن الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشارطة التحكيم أو في عقد التحكيم أو تجاوز حدودها فيمـــا قضـــى بـــه... ".

ونصت الفقرة "د" أن" تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو قانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق" إذا يظهر جليا الأهمية التي أولتها اتفاقية نيويورك وكذلك التشريعات العربية لاتفاق التحكيم وصحته للاعتراف وتنفيذ الحكـــم التحكيمي حيث يرفض هذا الاعتراف وتنفيذ الحكم بمجرد

إثبات أن اتفاق التحكيم غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه إليه الأطراف أو وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكـــم.

المطلب الثاني : اتفاق التحكيم أساس الطعن في الحكـــم.

كما أشرت سابقا فإن أغلب حالات الطعن في الحكم التحكيمي مرتبطة باتفاق التحكيم سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة. كمـــا أن أغلب القوانين الجديدة للتحكيم تتجه إلى منح حصانة متميزة لحكم التحكيم و تجعل تدخل القاضي لمراقبة هذا الحكم كحالة استثنائية. كما أن العديد من الدول العربية لم تمنح للقاضي هذه السلطة إلا في حالة الطعن في بطلان الحكم أو القرار الرافض أو المؤيد للاعتراف والتنفيـــذ. ويرتكز حكم التحكيم كما بينا على اتفاق التحكيم ممـــا يجعله يستمد صحته وقوته الإلزامية. وعليه فإن أغلب التشريعات العربية تقر ببطلان الحكم التحكيمي ببطلان اتفاق التحكيم، وسأذكر حالات الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي المتعلقة باتفاق التحكيـــم.

فقد نصت المادة 458 مكرر 20 من قانون الإجراءات المدنية والتي تقابلها المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مع بعض التعديل، إلى حالات استئناف القرار الذي سمح بالاعتراف والتنفيذ أو أسباب دعوى الطعن بالبطلان فيما يخص القرارات التحكيمية الصادرة بالجزائـــر، وأغلبية هذه الأسباب متعلقة باتفاق التحكيم سواء مباشرة أو غير مباشـــرة.

خـــاتمـــة :

نخلص بعد هذه الدراسة إلى أنه لم يحظ أي شرط أو إتفاق خاص من الاتفاقات في الآونة الأخيرة، ما حظي به إتفاق التحكيم من التطور والاهتمام سواء من قبل الإجتهاد التحكيمي أو القضائي أو التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية، لما لهذا الاتفاق من أهمية باعتباره كمـــا سبق القـــول بمثابة الحجر الأساس أو مركز الثقل في نظام التحكيـــم الدولي، ويعتبر اتفاق التحكيم عقد قائم بذاته ويستمد مقوماته بصفة مستقلة عن العقد الأساسي ،مما يشكل مصدر ذاتيتـــه.

إن مبـــدأ إستقلالية إتفاق التحكيم يشكل النظام القانوني لهـــذا الاتفاق وصمام الأمان له، مما يمكن أن يصيب العقد الأصلي من بطلان أو فسخ أو انقضاء بحيث أن مصير هذا الاتفاق مهما يكن شكلهـــ ســـواء شرطا تحكيميا أو مشارطة تحكيم غير مرتبط بمصير العقـــد الأصلـــي، كما أن القانون الذي يسرى على هذا العقد لا يســـرى بالضرورة على إتفاق التحكيم، كمـــا أنتج هذا المبدأ أثرا غير مباشر وهو إختصاص المحكم في النظر في إختصاصه وعليه لا يمكن للجهات القضائية أن تفصل في إختصاص المحكم الذي يبقى وحده المختص في تقرير مدى اختصاصه، كذلك يعتبر هذا الأثر أو النتيجة لمبدأ الاستقلالية ضمانـــة لتقرير هذه الاستقلاليـــة.

يبقى لإتفاق التحكيم سبب واحد ممكن أن يقيد من فعاليته، وهو إمكانية تطبيق القانون الداخلي على صحته، وعليه تقررت نتيجة غير مباشرة أخرى تجعله مستقلا عن أي قانون وطني، وعليه يمكن استبعاد قواعد التنازع الوطنية وتطبيق قواعد أجنبية أو أعراف التجارة الدولية lex mercatoriat علـــى إتفاق التحكيم، كل هذه الآثار أو النتائج المترتبة على مبدأ استقلالية إتفاق التحكيم تجعله صحيحا بمجرد وجوده في عقد دولي، وهو المبدأ الذي أقره الإجتهاد القضائي الفرنسي، وتميز القانـــون الجزائري مقارنة بالقوانين العربية والمقارنة في تكريسه لمبدأ صحة إتفاق التحكيم الذي يشكل الاتجاه الحديث في نظام التحكيم.

كما تظهر فعالية إتفاق التحكيم في آثاره سواء الإيجابية أو السلبية فيتـــم إعمالها في كل الحالات رغم امتناع الأطراف عن تنفيذهـــا، فيملك هـــذا الإتفاق ميكانيزمات سريانه في تفعيل إختصاص نظـــام التحكيم وسحب المنازعة من القضاء العـــادي.

يتضح لنا بأن إتفاق التحكيم يعتبر العمود الفقري لنظام التحكيم ومركز الثقل فيه كما أن مبدأ استقلالية إتفاق التحكيم يشكل النظام القانوني لهذا الاتفاق ومصدر فعاليته، يتجلى ذلك في العديد من المواضيع الأساسية في التحكيم بداية بفعاليته في استبعاد حصانة الدولة حتى في حالـــة وجود أحكام قانونية تمنعها وأشخاصها العامة من اللجوء إلى

التحكيم كما بينا سابقا، وتظهر فعالية إتفاق التحكيم ومبدأ استقلاليته في عدم قابليته للبطلان ونقصد بذلك تقرير صحته بمجرد وجوده في العقـــد الدولي.

كما أن تشكيل المحكمة التحكيمية واستقلاليتها في إختيار القانون الواجب التطبيق سواء على الإجراءات أو على موضوع النزاع تستمد فعاليتها ومصدر سلطتها من إتفاق التحكيم، وأخيرا يمنح إتفاق التحكيم الفعالية لأهم موضوع في التحكيم وهو الحكم التحكيمي والاعتراف به وتنفيذه، بحيث يستمد فعاليته من إتفاق التحكيم مباشـــرة.

وهو ما يجعل إتفاق التحكيم فعالا بمجرد وجوده في العقد الدولي ويشكل ليس فقط النظام القانوني للتحكيم فحسب وإنما مصدر فعاليته.

قائمـــة المـــراجع :

- Berthold GOLDMAN ; «Arbitrage commercial international » J-CL dt int fasc 586-1, 1989.

- E. GAILLARD. «Arbitrage commercial international convention d'arbitrage, autonomie et principe de validité, droit applicable» J.CL. dt. int, fasc 586.1, 1994 n° 28.

- GAILLARD. «Arbitrage commercial international» J-CL dt int 1994 n° 8.

- Ph, FOUCHARD, E GAILLARD, B GOLDMAN, «Traite de l'arbitrage commercial international. » Delta. paris .1996.

- Th CLAY, «L'efficacité de l'arbitrage». Petites Affiches -2003-N° 197,

- Ph. FOUCHARD. «L'arbitrage commercial international », Dalloz, Paris, 1986.

- Sabah Ali ABDOULSALAM, «convention d arbitrage et constitution du tribunal dans les législations des états membres du conseil de coopération du golf» thèse de doctorat Dijon 1997, P 159.

- أحمـــد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهـــرة، 1975.

- أحمد صالح علي مخلوف، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات العقود التجارة الدولية ، كلية الحقـــوق، جامعة القاهرة، سنـــة 2003 ،.

- حفيظـــة السيـــد الحداد. الاتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيـــم، دار الفكر الجامعـــي، القاهـــرة، 1996.

- زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائـــر، 1991.

- ساميـــة راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، منشأة المعارف، القاهـــرة، 1984.

- سليمـــان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مطبعة السلام، شبرا.

- سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربيـــة، 2000.

- محمد سعد خليفة، عقد التحكيم، دار النهضة العربية، القاهـــرة، 1998.

- نـــور الدين بكلي، إتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، ماجستير، جامعـــة الجزائـــر، 1997.

- عبـــد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النشر للجامعات المصريـــة، القاهـــرة، 1952.

- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني للاتفاق التحكيم المكتب الجامعـــي الحـــديث، الإسكندريـــة، 2005.

- عاطف بيومي محمد شهاب، الاختصاص بالتحكيم في عقود التجارة الدولية، دكتوراه في القانون، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس، 2001.

- غسان علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها. دكتوراه، جامعة عين شمس، 2004.

- ناريمـــان عبد القادر ، إتفاق التحكيم، دار النهضة العربيـــة، 1996.

الطـــرق البديلـــة لحل النـــزاعـــات في القانـــون التونســـي

عامـــر بـــــورورو
رئيس دائـــرة بمحكمة التعقيب
جمهوريـــة تـــونس

المقدمـــة :

الوسائل البديلة لحل النزاعات هي بصفة عامة الوسائل التي تمكن من تفادي النزاعات المستقبلية أو حل النزاعات العارضة سواء بالاستعانة بطرف ثالث غير طرفي النزاع أو بدونه ودون اللجوء إلى المحاكـــم القضائيـــة فتسلك الأطراف طريقا غير تنازعي في البداية وإن تعذر ذلك فهي تفضل التوجه إلى التحكيم والابتعاد عن القاضـــي.

وهـــي لا تخضع لقيود شكلية واجبة الإتباع وتمنح الأفراد عدالـــة سريعـــة ومرنة أقرب لتطلعاتهم إذ أنها توفر إمكانية اعتماد أهل خبرة أكثر تمرسا في ميدان النزاع من القضاة وتحافظ على طابع السريـــة وتأخذ بعين الاعتبار المحيط العام والمعقد للعنصر الاقتصادي وللطابع الـــدولي للعلاقة فيكون عنصر الخبرة والمعرفة ضامنا لتحقيق عدالة موضوعيـــة مرتبطة بتلك المعطيات الخاصـــة.

إن الوسائـــل البديلة تحقق تسوية سرية وغير شكلية فهي أكثـــر سرعة ومرونة في الاستجابة لحاجيات المتقاضين وهي تساير التطورات الاقتصادية فتعوض الدعوى التقليدية وتحافظ على مناخ سلمـــي بين أفراد المجتمع وتشمل النزاعات المتصلة بالحق في التقاضي التقليـــدي والنزاعات غير القابلة للمقاضـــاة.

فهي عدالة تفاوضية وغير شكلية تتسم بالطابع الودي والرضائي فتجعل التسوية الودية الفرقاء راضين عن الحلول المقترحة التي اهتدوا إليهـــا مباشرة أو بمساعدة طرف ثـــالث.

فالطرق البديلة هي الوسيلة التي تمكن من إيجاد حلول مقبولة من أطراف النزاع خارج إطار إجراءات التقاضي التقليدية وتمكن مـــن إفـــراغ الخلاف من مضمونه ومحتواه بتراضي الطرفين لقناعتهما بأن صلحـــا مجحفا يكون دائما خيرا من حكم منصف لأنه يوفر راحـــة الاطمئنـــان إلى الحل الذي وقعا لتوصل إليه وتفادي مخاطر الحكـــم القضائي المجهول العواقب وغير المضمـــون.

وقـــد كانت انطلاقة الوسائل البديلة لحل النزاعات من البلـــدان الأنقلوسكسونية التي تفضل أنظمتها القانونية اعتماد الحوار والتراضي وخاصة بالولايات المتحدة الأمريكية وتعرف هناك بـــ Alternative dispute resolution.

ثم تعـــددت تلك الوسائل فأصبحت تشمل المحاكمة الصوريـــة mini-trial والوساطة ثم التحكيم-med-arb-وتحكيم البازبـــول-BASEBABALL ARBITRATION ووساطـــة آخر عـــرض Last Offer Médiation وما يسمى بـــ medaloa، والكثير مـــن الطرق البديلة الأخـــرى.

انتشـــرت الطرق البديلة لحل النزاعات في أغلب البلدان وكان سبب هذا الانتشار وإن اختلفت طرقه والمواد التي اعتمدت فيهـــا الوضع المتأزم للقضاء العدلي التقليدي الذي يرزح تحت ضغط الكـــم الهائل من القضايا مع قلة الإمكانيات المادية والبشرية والكلفة المرهقة كمـــا أن تطور المبادلات يقترن بتزايد النزاعات فضلا عن الاعتبارات السياسية والاجتماعية التي تظافرت مع الاعتبارات الشخصية والرامية إلى اقتصاد الكلفة وضمان السرعة والنجاعـــة.

فالخوصصـــة تجاوزت الميدان الاقتصادي إلى الميدان القضائـــي وأصبحت لإرادة الأطراف المتقاضين مفعولها في فض النزاعات ومجرى الإجراءات ويتجلى ذلك من خلال خاصيات ومميزات الحلول البديلة والتي تتسم بصبغتها التفاوضية وتكون إرادة الأطراف هي الحافـــز في اللجوء إليها فتتحكم في مراحلها ومآلهـــا.

إن الحـــول البديلة هي تسوية توافقية بين الفرقاء تعتمد استلهام الضمير أكثر مـــن القانون وأصول المنازعات القضائية المحضة فتطبق المبـــادئ الأصلية العادية والتي هي أعلى مرتبة من القانون الوضعـــي وذلك باللجوء إلى مبادئ العدل والإنصاف نتيجة عدم الإكتفاء بمـــا ينص عليه القانون فضلا عن أن بعض النزاعات تتولد عن سوء فهم لما هو مرتقب من الطرف المقابل ومأمول منه القيام به فتكفي أحيانـــا مجرد المناقشة وتبادل التوضيحات ليزول الخـــلاف.

إن القضاء العدلي التقليدي يرتكز على التشريع وعلى المواجهة بدلا عن التفاهم والاتفاق فهو لا يتلائم بسهولة مع المفاهيم التي تقوم عليهـــا الوسائل البديلة لحل النزاعات ومع ذلك يتبين أن القانـــون التونسي قد واكب التوجهات الحديثة وهو يشجع على تطوير هذه الوسائـــل البديلة لأنها تمثل استحثاثا للمسؤولية المدنية والاجتماعية وخاصة في مجال الخلافات المتصلة بعلاقات الأفراد الاجتماعية والعاطفية وذلك باعتماد أسلوب الحوار لفضها وإنهائها والغاية من ذلك هـــو تخفيف العبء عن القضاء مما يؤدي إلى توفير الجهد والنفقات العامة وتحويلهـــا إلى مجالات أخرى تفيد المجتمع.

وهـــذه المبررات جعلت المشرع التونسي يقتنع باعتماد الصلح والوساطـــة والتوفيق من بين الوسائل البديلة فتكون إما قضائيـــة أو رضائيـــة محضـــة.

1- الطـــرق البديلـــة القانونيـــة :

هـــي الوسائل البديلة التي ترتكز على نص تشريعي أو سلطـــة قضائيـــة فالقانون ينشأ أو يدعم بصفة عامة أو خاصة اللجـــوء إلى الصلح والتوفيق والوساطة القضائية ويجعل من مشمولات مهام القاضي السعي إلى المصالحة بين أطراف النـــزاع.

ولا تعتمد الوسائل البديلة القضائية إلا إذا كانت لا تتعارض مع القواعد القانونية فالنظام العام وعلى وجه الخصوص في مادة الأحوال الشخصية وفي القانون الجزائي يضيق أو يمنع اللجوء إلى مثل هـــذه الوسائل وهي في المادة الجزائية تقتصر في الغالب على الحقوق المدنية.

والطرق البديلة في التشريع التونسي هي الصلح القضائي والتحكيم القضائـــي والوساطة والتـــوفيق.

1- الصلـــح القضائـــي :

لقـــد عرف الفصل 1458 من مجلة الالتزامات والعقود الصادرة بالأمر المؤرخ في 15 ديسمبر 1906 على أنه "عقد وضع لرفع النـــزاع وقطع الخصومة ويكون بتنازل كل من المتصالحين عن البعض مـــن مطالبـــه أو بتسليم شيء من المال أو الحق".

وشروط اكتساب الصلح الصفة القضائية هي حضور الطرفين أمام المحكمة وإقرارهما بالصلح وبمضمونه وتصديق القاضي على ذلك الصلح.

ويحصـــل ذلك بأن يثبت الكاتب بمحضر الجلسة الصلح ويوقعه القاضي كما يمكن أن يتم اثبات الصلح بمحضر جلسة يوقعه الأطراف فيكتسب الصفة القضائية أو بمناسبة تحريرات مكتبية يوقعها الأطراف والقاضـــي أو صدور حكم يثبت فيه اتفاق الأطراف على الصلح.

والصلح هو من أقدم الوسائل البديلة لحل النزاعات ويرتكز على حكمـــة الشعوب وتقاليدها. وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم ***"الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما"*** ولذلك فلا يجوز الصلح إلا فيما جاز فيه التعاقـــد.

أ- الصلح في التشريع المـــدني :

تضمنت عـــدة فصول قانونية وجوب المرور بمرحلة صلحية قبل التقاضـــي من ذلك الفصل 148 من مجلة التأمين كما وقع تنقيحهـــا بالقانـــون عدد 86 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 الـــذي اقتضى أنـــه "يمكن للمتضرر أو لمن يؤول إليهم الحق عند الوفاة وفي أجل أقصاه شهر من تاريخ تسلمه محضر البحث أن يطلب التسويـــة الصلحية بواسطة رسالة مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ أو بأية وسيلـــة أخرى تترك أثرا كتابيـــا..."

وأضاف الفصل 162 من نفس المجلة أنه "في صورة طلب التسوية الصلحيـــة لا يجوز القيام بدعوى قضائية في تعويض الأضرار اللاحقة بالأشخـــاص في حوادث المرور إلا في الحالات التاليـــة..."

كما أوجب الفصل 12 من المرسوم عدد 23 لسنة 1962 المؤرخ في 30 أوت 1962 إذا كان المتسبب في الحادث مجهولا أو غير مؤمن لوسيلتـــه التي ارتكب بها الحادث، على المتضرر تقديم مطلب لجبر الأضرار وإذا كان المسؤول عن الأضرار معروفا فـــإن المطلب يجب توجيهه في أجل قدره عام ابتداء من تاريخ وقوع المصالحـــة.

وأجـــاز الفصـــل 10 من نفس المرسوم اجراء تسوية صلحيـــة مع المتضـــرر.

أمـــا الفصل 72 من قانون نظام التعويض عن الأضرار الحاصلـــة بسبب حوادث الشغل والأمراض المهنية الصادر بالقانون عـــدد 28 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994 فقد خول للمتضرر اجـــراء الصلح بالاتفاق على صرف التعويض في شكل رأس مال إذا كانت نسبة العجز الدائم تساوي أو تقل عن 35 % عوضا عن غرامة مستمرة.

واقتضـــى الفصل 13 من قانون انقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية الصادر بالقانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أفريـــل

1995 والمنقح بالقانون عدد 63 لسنة 1999 المؤرخ في 15 جويلية 1999 ثم بالقانون عدد 79 لسنة 2003 المؤرخ في 27 ديسمبر 2003 وأخيرا بالقانون عدد 69 لسنة 2007 المؤرخ في 27 ديسمبر 2007 والمتعلق بحفز المبادرة الاقتصادية أنه "لا تخضع الأطـــراف في تحديد شروط اتفاق التسوية إلى أية قيود ويمكن أن يشمل هذا الاتفاق جدولـــة الديون والحط منها وتوقف سريان الفوائض وغيرها مـــن الوسائـــل".

ويصـــادق رئيس المحكمة على الاتفاق الحاصل بين المدين وجميع دائنيه ويمكنه أن يصادق على الاتفاق الذي أمضاه دائنون يمثل دينهم ثلثي مجمل الديون ويأذن بجدولة بقية الديون مهما كانت طبيعتها..."

ب- الصلح في التشريع الجزائـــي :

لم يقع منع الوسائل البديلة في المادة الجزائية ولا استبعادها ولكنها تبقـــى ضمن الاستثناءات وإن كـــانت تكاد تشكل قاعدة في مادة الجرائـــم الاقتصادية، فالإدارة المعنية تلجأ إلى الصلح عندما ترغب هي في ذلك وحسب الطريقة والشروط التي تحددها مع احتفاظها بمسك إجراءات طريقة الحل البديل للدعوى الجزائية ومآلهـــا.

فالصلح الجزائي يخول للإدارة العمومية التخلي عن التتبع الجزائي بمقتضى القانون الذي أهلها لذلك بعد معاينتها للمخالفة، أو عن تنفيذ

الخطايـــا المالية الصادر فيها حكم قضائي جزائي عند قبول المخالف دفع مبلغ مالي متفق عليه ولا دخل للسلطة القضائية في تحديد مبلغه أو في انعقـــاد الاتفاق بالصلح بدون تدخل أي طرف أجنبي.

وطريقة الصلح هي بديل للعدالة الجزائية وتخضع لمبدأ الشرعية لأن الأشخاص المؤهلون لإبرام الصلح والإدارة المعنية به يحددها القانون ســـواء كانت الإدارة أم رئيسهـــا الإداري.

ويبرر هـــذا الخيار سرعة هذا الإجراء وزهد تكاليفه ومردوديتـــه الإيجابيـــة على أموال الإدارة وهو يجنبها مساوئ قلة خبرة القضـــاة بالمخالفات الاقتصادية والجبائيـــة.

وحالات إبرام الصلح محددة حصريا بمقتضى القانون ويترتب عنه انقراض الدعوى العمومية عملا بالفصل 4 الفقرة 6 من مجلة الإجراءات الجزائيـــة أو بصريح النص الذي أجاز إبرام الصلح.

ولكن الصلح مع الإدارة تعترضه عدة صعوبات لعل من أهمها أن الشخص المكلف بإبرامه عن الإدارة لا يتمتع بمرونة وحريـــة التصرف في اتخـــاذ القرار مثلما هو الشأن بالنسبة للأشخاص العاديين وذلك لتقيده بالسلم التنظيمي لإدارته وللقانون الذي لا يمكنه مخالفتـــه.

والنظام العام يلعب في المخالفات الجزائية دورا مؤثرا لتعارض مصلحة خاصـــة بمصلحة عامة. ففي حين يكون للأشخاص كامل

الحرية في التصرف في أموالهم، فإن ممثل الإدارة يكون مسؤولا عن أموال عمومية وهو مكلف بجبر الخاضعين لأدائها على دفعها لفائدة المصلحة العامـــة.

ومع ذلك فإن الصلح أجازه المشرع في العديد من الحالات ومنها الفصل 220 من مجلة الديوانة الصادرة بالأمر العلي المـــؤرخ في 29 ديسمبر 1955 والذي تضمن أنـــه :

"1- يرخص لإدارة القمارق أن تصالح الأشخاص الواقع تتبعهم من أجل مخالفة قمرقيـــة.

2- يمكن أن تجري المصالحة قبل صدور الحكم النهائي أو بعـــده.

3- في الصـــورة الثانية تبقى المصالحة العقوبات البدنيـــة".

وكذلك الفصل 89 من مجلة الاتصالات الذي تضمن "مع حفظ الحقوق المدنية للمتضررين يمكن للوزير المكلف بالاتصالات إجـــراء الصلح في المخالفات المنصوص عليها بالفصل 81 من هذه المجلة والتي تتم معاينتها وتتبعها وفقا لأحكام هذا القانون، وتنقرض الدعـــوى العموميـــة وتتبعات الإدارة بدفع المبلغ المعين في عقد الصلح".

وأيضا الفصل 26 من مجلة البريد الصادرة بالقانون عدد 38 لسنة 1998 المؤرخ في 2 جوان 1998 والذي خول للوزير المكلف بالبريـــد إجـــراء تسوية أو صلح مع المتدخل المخالف.

وكذلك الشـــأن بالنسبة للفصل 134 من مجلة الغابات الصادرة بالقانـــون عدد 20 لسنة 1988 المؤرخ في 13 أفريل 1988 والـــذي خـــول للإدارة العامة للغابات أن تصالح على الجنح والمخالفات التي ترتكب بالغابات والتي جاءت ببيانها وعقابها هذه الجملـــة.

والفصـــل 46 من القانون عدد 117 لسنـــة 1992 المـــؤرخ في 7 ديسمبر 1992 المتعلق بحماية المستهلك والذي اقتضى أنه: "بـــدون المساس بحقوق الغير يخول للوزير المكلف بالاقتصاد إجراء الصلح في الجنح التي تقع معاينتها وتتبعها وفقا لأحكام هذا القانون باستثنـــاء الجنح المنصوص عليها بالفقرات 1 و2 و3 ومن الفصل 11 من هـــذا القانـــون.

وأضـــاف بفقرته الأخيرة أنه : "تتم إجراء الصلح باعتماد جدول تعريفي يضبط بمقرر من الوزير المكلف بالاقتصاد. ويمكن إجراء الصلح طالما أن القضية مازالت منشورة و لم يصدر في شأنها حكم بـــات".

والفصل 59 من القانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرخ في 29 جويلية 1991 المتعلق بالمنافسة والأسعار، المنقح بالقانون عدد 83 لسنة 1993 المؤرخ في 26 جويلية 1993 والذي اقتضى أنه "يخول للوزير المكلف بالاقتصـــاد أن يجري في كل الحالات صلحا في المخالفات المنصوص عليها بهذا القانـــون.

يمكـــن إجراء الصلح طالما أن القضية مازالت منشورة ولم يصدر بشأنها حكم بات، ويلغى الصلح جميع لعقوبـــات".

ويضيف الفصل 60 من نفس القانون أن "...ويلزم الصلح الأطراف إلزاما لا رجوع فيه ولا يكون قابلا لأي طعن مهما كان سببـــه".

أما الإدارة الجبائية فإن اعتمادها الوسائل البديلة يتجسم في المرحلة الإدارية السابقة لفتح التتبعات القضائية، فالمطالب بالأداء يرفع مطلبا للمصلحـــة المعنية أو لإحدى لجانها لطلب الصلح أو لطلب منحـــه تخفيضا في المبلغ المطلوب أو لمراجعة وضعيته وإنصافـــه.

وقـــد اقتضى الفصل 78 من مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية أنه يمكن لمصالح الجباية إبرام الصلح بخصوص المخالفات الجبائية الجزائيـــة التي يرجع لهـــا بالنظر معاينتها أو تتبعها قبل أن يصدر في شأنها حكم نهائي وذلك باستثناء المخالفات المشار إليها بالفصل 102 من هـــذه المجلة وبالفصلين 180 و181 من المجلة الجنائيـــة".

2- التحكيـــم القضائي (القضاء طبق مبادئ العدل والإنصـــاف)

صدر القانون عدد 43 لسنة 1995 المؤرخ في 2 ماي 1995 المنقح للفصل 40 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية فتضمن إحداث دوائر تجارية بالمحاكم الابتدائية بأمر وتكون مختصة بالنظر في الدعاوى التجارية تسند رئاستها لرئيس المحكمة أو لوكيلـــه.

وتعتبر دعـــاوى تجارية على معنى أحكام هذا القانون الدعـــاوى المتعلقة بالنزاعات بين التجار فيما يخص نشاطهم التجـــاري.

ويعـــوض في تركيبة الدائرة التجارية القاضيان العضوان بتاجرين يكون رأيهما استشاريا ويتم تعيينهما لمدة ثلاث سنوات بقرار مـــن وزير العدل مع نائبين لهما أو عدة نواب يرجع لهم في صورة غيـــاب أو تعـــذر حضور التاجر الأصلي أو اختلال شروط تعيينه من ضمـــن قائمـــة التجار المرشحين من المنظمة المهنية الأكثر تمثيلا لهـــم.

وتكون الدائرة المذكورة متركبة من رئيس وقاضيين، بالإضافة إلى التاجرين المشار إليهما عند النظر في النزاعات المتعلقة بتكوين الشركات أو تسييرها أو حلها أو تصفيتها أو النزاعات المتعلقة بإنقاذ المؤسســـات التي تمـــر بصعوبات اقتصادية أو تفليسها أو عند النظر استئنافيا فيمـــا يدخل في اختصاصهـــا.

وقد تم إحداث دوائر تجارية بأهم المحاكم الابتدائية بصدور الأمر عدد 427 لسنة 1996 المؤرخ في 11 مـــارس 1996.

وإضافـــة إلى دورها القضائي أعطاها المشرع دور المحكم المصالح.

ويتم اللجوء إلى الصلح بمبادرة رئيس الدائرة الذي يعود إليه تقدير إمكانيـــة فض النزاع على أساس الصلح من عدمه، فـــإذا رأى ذلك يتولى تكليف أحد أعضائها بمحاولة الصلح بين الأطراف، أما التحكيم

فيكون بطلب من أطراف النزاع في أي طور يلتمسون بمقتضاه النظر في النزاع طبق مبادئ العدل والإنصاف، مما يعفي المحكمة من تطبيق قواعد القانون ويكون الحكم في هذه الصورة غير قابل للاستئنـــاف وإنمـــا يقبل الطعن بالتعقيب.

كما تضمنت مجلة الشغل الصادرة بالقانون عدد 27 لسنة 1966 المؤرخ في 30 أفريل 1966 بفصلها 381 ثالثا والواقع إضافته بالقانون عدد 29 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994 أنه "في حالة ما إذا تعلق النزاع بمصلحة أساسية فإن عرضه على التحكيم يمكن أن يتقرر بمقتضـــى قرار من الوزيـــر الأول".

وتعتبر مصلحـــة أساسية المصلحة التي يضع توقف حياة أو أمـــن أو صحة الأشخاص من مجموع المتساكنين أو بعضهم في خطـــر.

وقد تضمنت الفصول 382 إلى 386 إجراء هذا التحكيم والهيئة التحكيمية ومرجع نظرها وشروط إصدار قرارها التحكيمـــي.

كما صدر قرار في 24 ديسمبر 2004 يتعلق بتركيبة وطرق تسيير لجان التحكيم المحدثة لحسم النزاعات حول نتائج عمليات المراقبة الفنية عند التصدير من وزير التجارة والصناعات التقليديـــة.

وقـــد تضمنت إمكانية اللجوء إلى التحكيـــم أو وجوبه عـــدة نصوص قانونية أخرى نذكر منها الفصول 69 و162 و365 من مجلة

التجـــارة البحرية والفصل 167 من مجلة الشغل البحري والفصل 67 مـــن مجلة تشجيع الاستثمارات الصادرة بمقتضى القانون عدد 120 لسنة 1993 المؤرخ في 1993/12/27 والفصل 24 من القانون عـــدد 108 لسنـــة 1985 المؤرخ في 6 ديسمبر 1985 المتعلق بتشجيـــع مؤسسات مالية تتعامل أساسا مع غير المقيمين والفصل 30 من القانون عـــدد 93 لسنة 1999 المـــؤرخ في 17 أوت 1999 المتعلق ببراءات الاقتراع والفصل 30 من القانون عدد 21 لسنة 2001 المؤرخ في 6 فيفري 2001 المتعلق بالرسوم والنمـــاذج الصناعية والفصل 47 من القانـــون عدد 36 لسنة 2001 المؤرخ في 17 أفريل 2001 المتعلق بعلامات الصنع والخدمات والقانون عدد 7 لسنة 1974 المؤرخ في 14 جانفي 1974 المتعلق بضبط نظام الأراضي الاشتراكية والفصل 4 من القانون عدد 9 لسنة 1994 المؤرخ في 31 جانفي 1994 المتعلق بالمسؤولية والمراقبة الفنية في ميدان البناء والفصل 14 من الأمر عدد 1744 المؤرخ في 29 أوت 1994 المتعلق بالتجـــارة الخارجية وغيرها من النصوص القانونية الأخـــرى...

3- الوساطـــــة :

هـــي طريق ودية لحل النزاع تقوم على التفاوض بين الفرقـــاء بمساعدة طرف ثالث يكون محايداً ونزيها ولا تخضع لأي شكـــل في

إجراءاتها وتتحكم إرادة الطرفين في كافة مراحلها ومآلها، لأن الوسيط لا يقترح حلا ولا سلطة له لإلزامهم بـــأي رأي.

ولا تكـــون الوساطة جائزة عندما لا يكون الصلح جائزا، ويعد الوسيط ركيزة أساسية، نظرا لمدى تأثيره على الطرفين بحكم إمكانياته الشخصيـــة ومؤهلاته على التفهم والإقناع بحكم اختصاصه، ليتمكن مـــن فتح مجال التعبير عن الجانب النفسي والاقتصادي للخـــلاف، ولذلك فهي وسيلة مناسبة جدا للخلافات الأسرية والنزاعات اليومية البسيطة وإن أصبحت تعتمد في نزاعات أكثر تعقيـــدا.

ويتـــوقف مآل الوساطة على إرادة الطرفين ورغم قدرة الوسيط على الإقناع، فإنه غير قادر بل غير مؤهل لحل النزاع، مما يؤدي أحيانا إلى فشل الوساطـــة.

أ- الوساطـــة في المادة المدنية والإداريـــة :

يـــأذن القاضي في مادة الأحوال الشخصية بالوساطة بين الزوجين عملا بالفصل 25 من مجلة الأحوال الشخصية والذي ينص على أنه : "إذا شكا أحد الزوجين من الإضرار به ولا بينة له وأشكل علـــى الحاكم تعيين الضرر بصاحبه يعين حكمين وعلى الحكمين أن ينظرا، فـــإن قدرا على الإصلاح أصلحا ويرفعان الأمر إلى الحاكم في كـــل الأحـــوال".

ولكن عمليا، يكون من النادر اللجوء إلى العمل بهذا الفصل لعدم نجاعته وعدم تقبل الفرقاء للوساطة، ويمكن أن يكون ذلك العزوف نتيجة استنفاذ الطرفين المتنازعين لتدخلات الأقارب والأصدقاء بالوساطة بينهما دون توفيق في تقريب ذات البين.

أما بالنسبة للنزاعات التي تنشأ بين المواطن والإدارة التونسية، فقد صدر الأمر عدد 2143 المؤرخ في 10 ديسمبر 1992 ببعث مؤسسة الموفق الإداري، ثم القانون عدد 51 المؤرخ في 3 ماي 1993 لتنظيـــم هيكـــل هذه المؤسسة وضبط صلاحياتهـــا.

والمـــوفق الإداري يتلقى العرائض والشكايات مـــن المواطنين في خصوص النزاعات بين الإدارة وأعوانها أو بين الإدارة والمواطن، فيتولى معالجتها بحياد تام وتجرد مطلق ويتدخل لتذليل العراقيل التي تحـــول دون تنفيذ الأحكام خاصـــة.

وهو يبذل جهده لإنصاف المواطن ورفع العراقيل التي تحول دون تطبيق عادل ومنصف للتشاريع والتراتيب الجاري بها العمل، معتمدا في ذلك مبدأ الإنصاف بهدف حماية حقوق المواطن وإرشاده أو توجيهه إلى الإدارة، مع التماس مساعدته ولكنه لا يملك أي نفوذ لإلزامهـــا باتخاذ قرار أو حـــل.

والموفق الإداري هي مصلحة ذات شخصية معنوية واستقلال مالي ملحقة بالميزانية العامة وتابعة لميزانية رئاسة الجمهورية، ولذلك فإن الموفق الإداري يرفع كل سنة تقريرا عن نشاطه إلى رئيس الجمهورية، يضمنـــه الثغرات في القانون الإداري والتي أمكنه الإطلاع عليها في نشاطه وتوصيات بشأنها حتى تتماشى مع الإدارة العصريـــة وإذا تمت المصادقة على التوصية تصدر النصوص القانونية والترتيبية لتلاقيها.

والمـــوفق الإداري مستقل في موقفه وعمله ولا سلطان عليـــه إلا القانون وقواعد العدل والإنصاف اللازمة لفض النزاع وهو لا يتلقـــى أوامـــر أو تعليمات في خصوص المشاكل التي تعرض عليـــه.

ب- الوساطـــة في المادة الجزائيـــة :

اعتمد المشرع التونسي الوساطة بالفصول 113 إلى 117 من مجلة حمايـــة الطفل الصادرة بالقانون عدد 92 لسنـــة 1995 المـــؤرخ في 9 نوفمبر 1995 وقد نص الفصل 113 منها على أن الوساطة هي آلية ترمي إلى إبرام صلح بين الطفل الجانح ومن يمثله قانونا وبين المتضرر أو مـــن ينوبه أو ورثته وتهدف إلى إيقاف مفعول التتبعات الجزائية أو المحاكمة أو التنفيـــذ.

فالوساطـــة بالنسبة للطفل الجانح تؤدي إلى إبرام صلح تكـــون نتائجه توقف الدعوى العامة الجزائية في حقه أو إيقاف مفعول الحكـــم الجزائي الصادر ضـــده.

4- التـــــوفيق :

يشكل أهم الوسائل البديلة القانونية في التشريع التونسي، ويتمثل في اعتمـــاد الحوار والمناقشة بتدخل طرف ثالث لبسط نقاط الخلاف ويساعد الطرف الأجنبي المتنازعين على حل خلافهما وإيجاد طريقـــة مرضية لهما معا، فيقترح عليهما الحل الذي يراه ولكن مآل المساعي التوفيقية ترتكز على رضاء الفرقاء بالحل ودون الموفق أكثر تأثيرا من دور الوسيط لأنـــه يشجع الطرفين على الحوار وعلى الصلح ويقترح عليهما ما يراه من حلول معتمدا في ذلك على كفاءته في إدارة الحوار وفهم النـــزاع لإدراكه الفني به وثقة الطرفين فيه لنزاهته وحياده وتقيده بالسريـــة.

أ- التـــوفيق في المادة المدنيـــة :

اعتمد المشرع التونسي التوفيق الوجوبي في مادة الأحوال الشخصية وألزم القاضي بالفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصية ببذل الجهد في محاولة الصلح بين الزوجين في قضايا الطلاق، كما فرض تكرار الجلسة

الصلحية ثلاث مرات عند وجود ابن قاصر أو أكثر حتى تستنفذ كل المساعـــي ويصبح انعدام إمكانية الصلح بينهما يقينـــا.

وإن تكرار الجلسات الصلحية يعكس الرغبة في الحفاظ على الروابط الزوجية خدمة لمصلحة الأبنـــاء القصر الذين هم أول المتضررين من النزاعات العائلية، لما في ذلك من أثر سيء على نفسيتهم وعلى ظروف عيشهـــم وتربيتهم. وقد قال عمر بن الخطاب: "**ردوا الخصـــوم حتى يصطلحـــوا فإن القضاء يورث بينهم الضغائـــن**".

كمـــا اعتمد المشرع التونسي التوفيق في المادة الشغلية وإجـــراء جلســـة صلحية أمام قاضي النزاعات الشغلية أوجبه الفصل 207 من مجلة الشغل والذي اقتضى أنه: "يجب على دائرة الشغل قبل الحكم في القضيـــة أن يجري محاولة الصلح بين الأطراف في حجرة الشورى مع التنصيص على ذلك بالحكم وإلا اعتبر باطلا..."

وخول الفصل 4 بفقرته الرابعة من الأمر عدد 1603 لسنة 2001 المـــؤرخ في 11 جويلية 2001 والمتعلق بضبط إجراءات تسجيـــل العلامات والاعتراض عليها وطرق الترسيم بالسجل الوطني للعلامات أن يقترح الهيكل المكلف بالملكية الصناعية تسوية بالتراضـــي وذلك بعـــد دراسة الملف وسماع الطرفين المتنازعين.

وجعل المشرع من أؤكد مهام قاضي الناحية بذل كل ما في وسعه للوصول إلى تسوية صلحية للتراع عملا بالفصل 38 من مجلة المرافعات المدنيـــة والتجارية، فأوجب عليه استدعاء الأطراف لدعوتها للصلح، وهـــو إجراء أساسي يهم النظام العام وذلك إيمانا بأن حضورهما أمام القاضي يمكنهما من كسر حاجز الصمت وانقطاع الحوار ويسهـــل عليهما الوصول إلى حل صلحـــي.

كمـــا أوجب الفصل 4 من المرسوم عدد 3 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964 والمتعلق بالتسجيل العقاري على القاضـــي أن ينتدب الخصوم بقدر الامكان إلى حل الصلح.

كما أوجب المشرع على قاضي الناحية بذل محاولة توفيقية وجوبية كلما تعلق الأمر بعقلة توقيفية وذلك عملا بأحكام الفصل 362 مـــن نفس المجلـــة.

واقتضى الفصل 125 من الأمر عدد 442 لسنة 1989 المـــؤرخ في 22 أفريـــل 1989 والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، إحداث لجنـــة استشارية بالوزارة الأولى لفصل التراعات بالحسنى، تتمثل مهمتها في البحث في الخلافات المتعلقة بالصفقات العمومية عن العناصر المنصفة التي يمكن تبنيها للوصول إلى فض التراع بالحسنى.

وأوجب الفصل 36 بفقرته الثانية من القانون عدد 34 لسنة 1995 المورخ في 17 أفريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصاديـــة أنه "إذا اقتضى البرنامج إنهاء عقود الشغل أو تخفيضا من الأجـــور والامتيازات يعلم المتصرف القضائي تفقدية الشغل وينتظـــر خمسة عشر يوما نتيجة المساعي الصلحية قبل إحالة البرنامج على كل مـــن لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية والقاضي المـــراقب".

ب- التـــوفيق في المادة الجزائيـــة :

لم يقصر المشرع التونسي على تبني وسيلة الوساطة بالنسبة للأحداث الجانحين، بل تجاوز ذلك بإصدار القانون عدد 93 لسنة 2002 المؤرخ في 19 أكتوبر 2002 والذي أضاف الصلح في المادة الجزائيـــة بتنقيح الفصل 335 من مجلة الإجراءات الجزائية بإضافة الفصل 335 مكـــرر و335 ثالثا ورابعا وخامسا وسادسا وسابعـــا.

وينص هـــذا التنقيح على أن الصلح بالوساطة في المادة الجزائيـــة يهدف إلى ضمان جبر الأضرار الحاصلة للمتضرر من الأفعال المنسوبة إلى المشتكي به مع إذكاء الشعور لديه بالمسؤولية والحفاظ على إدماجه في الحياة الاجتماعية. ويتم اللجوء إلى الصلح بالوساطة بمبادرة مـــن وكيـــل الجمهورية أو بطلب من المشتكي به أو المتضرر وإذا كللت المساعي بصلح، فإنه لا رجوع فيه ولو باتفاق الأطراف، إلاّ إذا ظهرت

عناصر جديدة من شأنها تغيير وصف الجريمة بما يحول دون إمكانيـــة الصلح فيها قانونـــا.

وحصر المشرع الصلح في المخالفات والجنح البسيطة التي أوردهـــا على سبيـــل الحصر.

ومـــوقف المشرع التونسي يهدف إلى إيجاد حل بديل للتتبعـــات الجزائية تتلائم والجرائم التي لا تمس بالنظام العام الاجتماعي، ولكنها تتعلق بمصالح شخصية، فاعتمد فيها الحلول الرضائية التفاوضية التي تساهم في الاستقرار والأمن الاجتماعي، مع منح المشتكى به فرصة التدارك وهـــي نزعة إنسانية تساهم في تخفيض العبء على المحاكم وتقـــوي الشعور بالمسؤولية لدى المنحرف وتضمن قناعة ورضا المتضرر بتعويضه عما لحقه من ضرر. ويترتب عن الصلح بالوساطة إيقاف كـــل تتبع وتفادي المحاكمة وتندرج ضمن التطورات الحديثة التي تسعى إلى تدارك نقائص المحاكمة والتتبع الجزائي التقليدي باعتماد حلـــول اجتماعيـــة أكثر ملائمة وتمكن من تفادي قرار الحفظ.

وقـــد شهد هذا التوجه ازدهارا فتبنته بعض المنظمات الاجتماعية لتقوم بالوساطة الجزائية ومن أهمها ظاهرة لجان الأحياء سان فرانسيسكو بالولايـــات المتحدة الأمريكيـــة : Community board program de San Fransisco.

II - الطـــرق البديلة الرضائيـــة :

وهذه الطرق تتسم جميعها بالطبيعة الرضائية وتهدف في مجملها إلى التوصل لحلول المنازعات مع الحفاظ على استمرار العلاقة في المستقبل بين أطـــراف النزاع وتتمثل في :

1- الصلح التعاقـــدي :

وقـــد نظمته مجلـــة الالتزامات والعقـــود بالفصول مـــن 1458 إلى 1477.

ويمكن الصلح في جميع النزاعات التي لا تتعلق بالأحوال الشخصية وبالنظام العام بمعنى أن الصلح ككل العقود يخضع في تكوينـــه وفي صحته وآثار لقواعد القانون العام للعقـــود.

وإذا انعقـــد الصلح بين الطرفين أمكن لكل منها الدفع به أمـــام المحكمـــة إذ اقتضى الفصل 1474 من المجلة المذكورة أنه إذا تصـــالح الفريقان عن جميع ما بينهما من النـــوازل، فلا تسمع دعوى أحدهما بفسخ الصلح ولو بحجة وجودها بعده وكانت مجهولة وقت العقد...

والصلح جائز في هـــذه الحالة سواء قبل اللجوء إلى التقاضي أو أثنـــاء التقاضي أو بعد صدور الحكم القضائـــي.

2- التحكيـــم :

صـــدرت مجلة التحكيم بالقانون عدد 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 أفريل 1993 فنظمت التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي وأباحت التحكيم في جميع النزاعات، إلا ما وقع استثناؤه بالفصل 7 والـــذي اقتضى أنـــه : لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العـــام وفي النزاعات المتعلقة بالجنسية والمتعلقة بالحالة الشخصية باستثناء الخلافات المالية الناشئة عنها. وفي المسائل التي لا يجوز فيها الصلح وفي النزاعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والجماعات المحلية، إلاّ إذا كانت ناتجة عن علاقات دولية اقتصادية كـــانت أو تجاريـــة أو مالية وينظمها الباب الثالث من هذه المجلـــة. وبذلك فإنه سحب التحكيم على جميع الذوات والأشخاص باستثناء منع التحكيم الداخلي بالنسبة للدولة ومؤسساتهـــا.

ثم صدر القانون عدد 56 لسنة 1994 المؤرخ في 16 ماي 1994، فأعفى اتفاقات وقرارات التحكيم والأحكام والقرارات الصادرة لتنفيذها أو الطعـــن فيها من معالم التسجيل وذلك تشجيعا على اعتماد الفرقاء التحكيـــم.

والتحكيم هو خيار رضائي لفض النزاع باختيار فض النزاع باللجوء إلى محكم أو مؤسسة تحكيم تفرض الحل على طرفيه، فهو قضاء خاص

وتكتسي القرارات التحكيمية الصبغة الإلزامية وقوة النفاذ، كالحكم القضائي بعد اكتسائها بصيغته من القاضي الذي لا رقابة له على موضوع النزاع.

3- التـــوفيق :

يعد التوفيق من الحلول البديلة الرضائية لفض النزاعات والذي يُمَّكن من تفادي اللجوء إلى القضاء التقليدي فتختار أطراف النزاع اعتماد مساعدة طرف أجنبي مستقل ونزيه ويتمتع بالخبرة والكفاءة ليتولى متابعة حوارها وتسييره ويشجع على إيجاد الحل، فيتأمل من عناصر الخلاف بصفة محايدة ويقترح على أطراف النزاع الحلول الملائمة والتي تتوافق مع مصالحها دون أن تكون له إمكانية الإلزام بذلك الحل، فنجاح المساعي التوفيقية هي رهينة إرادة الفرقاء ورضائهم.

4- الوساطـــة :

لا تخضع الوساطة لأي شكل معين وتتميز بطابعها الإداري وبالسرية ويكون الحل من مشمولات أطراف النزاع ولا يمكن للوسيط اقتراح حلول عليها، إلا أن الوساطة تساعد على تبادل وجهات النظر وتقريب المواقف وتجعل الحوار محل المواجهة كسبيل لحل الخلاف

والذي يضع أسسه الفرقاء أنفسهم، فيكون رضاهم بذلك الحل النابع من إرادتهم وقناعتهم خير ضامن لتنفيذه والالتزام بـــه.

وهذه الوسيلة تتلائم مع الخلافات العائلية ذات الطابع الاجتماعي والعاطفي وهو ما جعل اعتمادها يكون محط الآمال في نجاحاتها لفض النـــزاعـــات.

وقد أحدثت المنظمة التونسية للتربية والأسرة خطة الموفق العائلي تفعيلا لاتفاقية الشراكة التي أبرمتها مع وزارة شؤون المرأة والأسرة، الطفولـــة والمسنين يوم 11 ديسمبر 2007 وهو يمثل نقلة نوعيـــة في نشاط هذه المنظمة واهتمامها بقضايا الأســـرة.

والمـــوفق العائلي عمليا هو خلايا تضم مختصين في القانـــون وفي ميدان علم النفس والاجتماع وخاصة من المتطوعين لاستقبال كل من يرغب في ذلك من أفراد الأسر الذين لهم رغبة في فض مشاكلهـــم بواسطة هؤلاء الخبراء من أهل الثقة والكفاءة والذين يقدمون إليهم الإرشاد والتوجيه والنصح والمعلومات لتمكينهم من حل الخلاف بدون اللجوء إلى المحاكم القضائية ويسجلون الحوار الذي دار بينهم في دفتر ســـري، كما يسجلون الحلول التي اهتدوا إليها أو قرار الحفظ عنـــد فشـــل محاولة التوفيق وتعذر اتفاق الأطـــراف على حل يرتضونـــه ويقتنعون به وفي هذه الصورة يكون بإمكانهم التوجه إلى التقاضـــي أمـــام المحاكـــم.

الخاتمـــــة

وفي الختام يمكن تقديم الاستنتاجات التالية والتي برزت من دراسة الوسائل البديلة لفض النزاعات وطبيعتها وهـــي :

1- أنه لا يمكن الحديث عن الوسائل البديلة دون ربطها بأزمة المؤسسات القضائية العدلية التقليدية وذلك بالنظر إلى كلفة التقاضي المرهقة وتعقيد الإجراءات وتضخم النصوص القانونية وثقل العمـــل القضائـــي وبطء الفصل في العدد الضخم من القضايا والتي مـــا فتئ عددهـــا يتزايد والتي يرزح تحت وطأتها الجهاز القضائي والمحاكم، مما أضعف ثقة المتقاضين في اللجوء إليه وهذا الاستنتاج يفرض نفســـه بالنسبة لجميع البلدان والدليل على ذلك أن سلطاتها نفسها قد بادرت بتبني التطويرات الحديثة للوسائل البديلة بهدف تحسين أداء ومردودية المرفق القضائـــي.

وفي مواجهة قضاء مكلف وبطيء تحاول الوسائل البديلة الاستجابة لرغبة متزايدة في العدل وذلك بوضع نظام اجتماعي قانوني يسهـــل الوصول إلى الحق ويدعـــم توجه السلطة العامة إلى اعتماد حلول رضائية للنزاعات، فهي وسائل مبسطة وسريعة مقارنة مع الإجراءات القضائية التقليدية وهي ترتكز على ثقة أطراف النزاع وتساهـــم في

تفادي المخاطرة بالتوجه إلى قواعد القانون الدولي الخاص في العلاقات والمبادلات الدولية والمترتبة عن اختلاف القوانين الوطنية وفقه قضاء كل بلد، فكان توجه الأطراف إلى تفضيل الطرق البديلة خيارا لتفادي المجهول وغير المعلـــوم.

فهـــي تساهم في ضمان حسن سير العدالة، إذ تخفف العبء على المحاكـــم خاصة بالنسبة للنزاعات الصغيرة والتي تتعلق عادة بمصالح شخصية لا تمس النظام العـــام.

وتكـــون الحلول فيها نتاج بلورة جماعية تسهل المرور من قانون مبنى على المواجهة المتمثلة في الدعوى التي تترجم تضارب الحقوق إلى قانون التصالح الذي يقوم على تقدير المصالح الإنسانيـــة.

فيكون الحل أكثر قبولا ومراعاة لمصالح الأطراف وتشكل حافزا أساسيا للرضا بتلك الحلول التي بلورها الوسيط أو كانت نتاجـــا للتفاوض، وعامل الرضا هو ضمان لسرعة تنفيذها واستمراريتها لأنها تستهدف المستقبل ولا تعتد بالحكم على أفعال ماضية وهو ما يفسر استقطابها للنزاعات ذات الطابع الشخصي والعاطفي للأفـــراد.

2- أن الوسائل البديلة لفض النزاعات ليست ظاهرة عابرة ومدعوة للزوال بل هي خطوة نحو التطوير دون أن تشكل انقلابا جذريا علـــى

القضاء العدلي، وهذه الظاهرة تبنتها معظم التشريعات فلم يعد هناك مجـــال لتجاهلها أو التفكير في العدول عنها مستقبلا.

هـــي ظاهرة ترسخت جذورها ولا رجعة فيها وتندرج في نطاق الحركية العامة للتطور السياسي والاجتماعي، فأصبحت مظهرا مـــن أشكال تنظيم الحياة الاجتماعية توفر دعما ضروريا للثقة التي يتوجب أن تســـود العلاقات ويمكن اللجوء إليها في عديد المنازعات المختلفة ســـواء بين الأفراد والمؤسسات التجارية أو بين الأفراد والمؤسســـات العمومية وكذلك المؤسسات التجارية فيما بينهـــا.

3- إن فض النزاع باللجوء إلى الوسائل البديلة لا يجب فهمه على أنه طريقة منافسة للقضاء العدلي التقليدي ولكنه فرصة جديدة تمنح للمواطن الحل لتوقي حصول نزاع أو حله وذلك إلى جانب الإمكانية المتاحة له في حق اللجوء إلى القضاء التقليدي، فهي لا تخضع الأطراف لأية ضغوط نفسيـــة.

والطـــرق البديلة لا تلغى الحق في اللجوء إلى القضاء التقليـــدي فمجرد الانخراط في إجراءات طريقة بديلة لا يضمن حتما تحقيق نتيجة إيجابية لأن النجاح يستوجب اتفاق الطرفين ورضائهما فلا مجال إذا لحرمان أي منهما من حق التقاضي سواء بالتوازي مع ممارسة الطريقة

الودية أو بعد فشلها، فهي بدائل نسبية لا تحول دون إثارة الدعوى في صورة فشلهـــا.

4- أنـــه لابد من التساؤل إن كان من الضروري تأطير هـــذه الوسائل البديلة تشريعيا لإضفاء درجة عالية من الثقة فيهـــا.

يرى البعض أنه لا يستحسن ذلك لأن إجراءات الطرق البديلة تتخذ صورا متعددة والمصلحة فيها تكمن من مرونتها وعدم إخضاعها لقيود شكلية وطبيعتها لا تتلاءم بالضرورة مع قيود النصوص التشريعية.

إن مجرد فكرة فرض الالتزام بتحقيق نتيجة ومنع قطع إجراءات الطرق البديلة والانسحاب منها تغير بصفة جذرية طبيعة هذه الوسائل البديلة بإخضاع الحوار لضغوطات عوضا عن صبغتها الإدارية الحرة.

وحتى في حالة توصل المحادثات إلى تحقيق نتيجة إيجابية بالوصول إلى اتفاق فإن ذلك لا يمكن أن يؤدي إلى تأويله على أنه تخل مـــن الأطراف عن كل رغبة في اللجوء إلى القضاء التقليدي لاحقا لأن القول بذلك يـــؤدي إلى حرمان الأطراف من حرية العدول عن ذلك الاتفاق والندامة فيه إذا ما تبين لهم وأنه حصل في ظروف غير مرضية.

ونـــرى أن الوسائل البديلة يجب أن تنسجم في كل بلد مع نظامه القانوني ونصوصـــه التشريعية فمفهوم العدالة ليس واحدا في جميع

البلـــدان، وهذا يخول استيعابها وإدراجها في منظومة القضاء العـــدلي التقليـــدي.

وإن كـــان من غير المستحسن تأطير الوسائل البديلة تشريعا فإن تدخـــل المشرع يكون دعامة لها في بعض الأمور منهـــا.

إن اللجوء إلى الوسائل البديلة وإن كانت إجراءاتها قصيرة فإنه لا شـــيء يحول دون امتدادها لفترة زمنية طويلة بالنسبة لآجال التقادم والسقوط للدعوى القضائية وهو ما قد يدفع البعض إلى استغلال تلك الإمكانية فيعتمد المماطلة والتزويف مما يبرر تدخل المشرع لفـــرض واجب الإعلام والتوجيه ببيان ذلك للأطراف إلى المصالح أو الوسيط مع النظـــر في إمكانية التدخل تشريعا بإصدار نص قانوني أو تنقيح يضمن تعليق آجال التقادم والسقوط طوال المدة التي تكون فيها إجـــراءات الطرق البديلة جارية ولا تحتسب مدتها في ذلك.

إن الوسائل البديلة هي آلية لتحقيق السلم الاجتماعي وتهدف إلى فتح المجال للحوار فهي آليات سلم وتهدئة أكثر من آليات عدالة لأنها تعتمـــد الإنصاف أكثر من القانون وتمكن من إفراغ الخلاف مـــن مضمونه لذلك فهي طرق محبذة من المواطن لأنها تجعل منه طرفا فاعلا في تحقيق الحـــل للخروج من الأزمة عوضا عن وضعه السلبي أمـــام القضاء التقليـــدي.

فالحلول البديلة هي متممات طبيعية للإجراءات القضائية وخاصة في النزاعات الدولية الخاصة ونزاعات الأقارب والأجوار لذلك يستحسن عدم التدخل تشريعا لتأطيرها وتقنينها وتركها لحرية الأطراف تنمو وتتطـــور بأشكالها المتعددة حسب رغبتهم مع العمل على استيعابهـــا وفتح المجال للجوء إليها في الجهاز القضائي كلمـــا كان ذلك لا يتعـــارض مع النظام العام وأن يكون التشريع في حالة تدخله دعمـــا لها وليس عائقا بالمساس من جوهر طبيعتها والانتقال من مرحلـــة الإرتياب إلى مرحلـــة التشجيع وتقديم المـــؤازرة الرسمية لما تسديه في حقـــل التقاضـــي.

طبع : المؤسسة الوطنية للإتصال، النشر والإشهار
رويبة 2009